محمد جواد مغنية

الفقه على المذاهب الخمسة

الجعفري - الحنفي - المالكي - الشافعي - الحنبلي

العبادات - الأحوال الشخصية

الجزء الثاني

بسم الله الرحمن الرحیم

الفقه على المذاهب الخمسة

كاتب:

محمدجواد مغنيه

نشرت فی الطباعة:

مجهول (بی جا ، بی نا)

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

الفقه على المذاهب الخمسة المجلد ۲

اشارة

سرشناسه : مغنيه، محمدجواد، ۱۹۰۴ - ۱۹۷۹م.
عنوان و نام پديدآور : الفقه على‌المذاهب‌الخمسه: الجعفرى، الحنفى، المالكى.../ محمدجواد مغنيه.
مشخصات نشر : [بی‌نا]: كانون الثانى (نياير)، ۱۴۰۲ق. = ۱۹۸۲م.=۱۳۶۱.
مشخصات ظاهری : ۶۵۵ص.
يادداشت : عربى.
يادداشت : چاپ هفتم.
يادداشت : كتابنامه به صورت زيرنويس.
موضوع : فقه تطبيقى
رده بندی کنگره : BP۱۶۹/۷/م۶ف۷ ۱۳۶۱
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۲۴
شماره کتابشناسی ملی : م۶۸-۳۷۷۷

القسم الثانى الأحوال الشخصية

الزواج

اشارة

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۲۹۳

العقد و شروطه

اشارة

اتفقوا على ان الزواج يتم بالعقد المشتمل على الإيجاب و القبول من المخطوبة و الخاطب، أو من ينوب عنهما كالوكيل و الولى، و لا يتم بمجرد المراضاة من غير عقد.
و اتفقوا أيضا على ان العقد يصح إذا وقع بلفظ زوجت أو أنكحت من المخطوبة أو من ينوب عنها، و قبلت أو رضيت من الخاطب، أو من ينوب عنه.
و اختلفوا فى صحة العقد إذا لم يقع بصيغة الماضى، أو وقع بألفاظ غير مشتقة من مادتى الزواج و النكاح، كالهبة و البيع، و ما أشبه.
قال الحنفية: يجوز العقد بكل ما دل على ارادة الزواج، حتى بلفظ التمليك و الهبة و البيع و العطاء و الإباحة و الإحلال، ان كان العقد مصحوبا بالقرينة الدالة على الزواج، و لا ينعقد بلفظ الإجارة و العارية، لأنهما لا يفيدان الدوام و الاستمرار. و استدلوا بما

جاء فی صحیح البخاری و مسلم من ان امرأة جاءت إلى النبی، و قالت له: یا رسول اللّه جئت لأهب لک نفسی، فطأطأ النبی رأسه، و لم یجبها. فقال بعض من حضر:

ان لم یکن لک بها حاجة فزوجنیها. فقال له: هل عندک من شیء؟

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۲۹۴

قال: لا و اللّه. فقال له: ما ذا معک من القرآن؟ قال: کذا فقال النبی: لقد ملکتها بما معک من القرآن «۱».

و قال المالکیة و الحنابلة: ینعقد بلفظ النکاح و الزواج، و ما یشتق منهما: و ینعقد أیضا بلفظ الهبة بشرط أن یکون مقرونا بذکر الصداق، «و لا ینعقد بغیر هذه الألفاظ، و استدلوا على صحة العقد بلفظ الهبة بآیة وَ امْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهٰا لِلنَّبِیِّ إِنْ أَرٰادَ النَّبِیُّ أَنْ یَسْتَنْکِحَهٰا- ۵۰ الأحزاب».

(الأحوال الشخصیة لأبی زهرة ص ۳۶ طبعة ۱۹۴۸).

و قال الشافعیة: یجب أن تکون الصیغة مشتقة من لفظ التزویج و النکاح فقط، و لا تصلح من غیرهما.

و قال الإمامیة: یجب ان یکون الإیجاب بلفظ زوجت و أنکحت، بصیغة الماضی، و لا ینعقد الزواج بغیرها، و لا بغیر مادة الزواج و النکاح، لأنهما یدلان على المقصود بدلالة الوضع، و لأن صیغة الماضی تفید الجزم، و قد نص القرآن علیهما: «فَلَمّٰا قَضىٰ زَیْدٌ مِنْهٰا وَطَراً زَوَّجْنٰاکَهٰا- أُرِیدُ أَنْ أُنْکِحَکَ»، و الأصالة بقاء التحریم فی غیر مورد الإجماع و الاتفاق.

و قالوا: یجوز فی القبول «قبلت أو رضیت» بصیغة الماضی أیضا.

و قال الإمامیة و الشافعیة و الحنابلة: یشترط الفور فی العقد، و هو أن یقع القبول عقیب الإیجاب من غیر فاصل.

و قال المالکیة، لا یضر الفاصل الیسیر، کما إذا فصل بخطبة یسیرة و نحوها.

---

(۱) و الإمامیة رووا الحدیث بلفظ آخر. قالوا: جاءت امرأة إلى النبی فقالت له: زوجنی.

فقال: من لهذه المرأة؟ فقام رجل من الحاضرین، و قال: أنا. فقال له النبی: ما تعطیها؟

قال: ما لی شیء. فقال النبی: لا. فأعادت، فأعاد النبی فلم یقم غیر الرجل الأول. ثم أعادت فأعاد. فقال النبی: أ تحسن من القرآن شیئا؟ قال: نعم. فقال: زوجتکها على أن تعلمها ما تحسن من القرآن. فاللفظ کان الزواج لا الملک.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۲۹۵

و قال الحنفیة: لا- یشترط الفور، فلو أرسل رجل الى امرأة کتابا یخطبها فیه، و هو غائب، فأحضرت شهودا، و قرأت علیهم الکتاب، و قالت: زوجته نفسی یتم الزواج. (کتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج ۴. مبحث شروط النکاح، و الأحوال الشخصیة لمحمد محی الدین عبد الحمید).

و اتفقوا ان العقد یتم بغیر العربیة مع العجز عنها، و اختلفوا فی صحته مع القدرة علیها، قال الحنفیة و المالکیة و الحنابلة: یصح.

و قال الشافعیة: لا یصح. (الأحوال الشخصیة. أبو زهرة ص ۲۷) و علیه مذهب الإمامیة.

قال الإمامیة و الحنابلة و الشافعیة: لا یصح العقد بالکتابة.

و قال الحنفیة: یصح إذا لم یکن الخاطب و المخطوبة فی مکان واحد.

و اتفقوا على ان الأخرس یکتفى منه بالإشارة الدالة على قصد الزواج صراحة إذا لم یحسن الکتابة. و ان أحسنها فالأولى الجمع بینها و بین الإشارة.

قال الحنابلة و الحنفیة: إذا اشترط الزوج و الزوجة الخیار فی فسخ العقد و الرجوع عنه یصح العقد، و یبطل الشرط.

و قال المالكية: بل ينظر، فإن كان لم يدخل بعد يبطل العقد و الشرط، و ان كان قد دخل يصح العقد، و يبطل الشرط.

و قال الشافعية و الإمامية: يبطل العقد و الشرط معا من غير تفصيل بين الدخول و عدمه «۱» (الفقه على المذاهب الأربعة ج ۴. و تذكرة العلامة ج ۲ و المسالك للشهيد الثانى ج ۲).

الأصل ان يكون الإيجاب من الزوجة و القبول من الزوج فتقول هى:

---

(۱) هذا الحكم عليه أكثر الإمامية، و منهم من قال، كابن إدريس من المتقدمين، و السيد أبو الحسن الأصفهانى من المتأخرين: يصح العقد، و يبطل الشرط. و على هكذا يكون فقهاء الإمامية على قولين تماما كفقهاء المذاهب.

زوجتك. و يقول هو: قبلت. و لو تقدم القبول فقال الزوج للولى:

زوجنيها. فقال له: زوجتكها فهل يصح العقد أو لا؟

قال الإمامية و الثلاثة: يصح. و قال الحنابلة: لا يصح (تذكرة العلامة الحلى ج ۲).

قال العلامة الحلى من الإمامية فى كتاب التذكرة: «عقد النكاح لا يقبل التعليق، بل شرطه الجزم، فلو علقه على وقت أو وصف مثل إذا جاء رأس الشهر فقد زوجتك، فقال الزوج قبلت لم ينعقد، و به قال الشافعى».

و قال أبو زهرة من الحنفية فى كتاب الأحوال الشخصية: «يشترط تنجيز الزواج، لأنه عقد، و العقد لا يتراخى إحكامه عن أسبابه فلا يمكن ان يضاف الى المستقبل. و جاء فى إعلام الموقعين عن الإمام أحمد جواز تعليق النكاح بالشرط».

(فرع) جاء فى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج ۴. نقلا عن الحنفية و الشافعية: ان العامى لو قال: جوزت بدلا عن زوجت يصح العقد، و بهذا أفتى السيد أبو الحسن الأصفهانى من الإمامية فى كتاب وسيلة النجاة باب الزواج.

شهود العقد:

اتفق الشافعية و الحنفية و الحنابلة على أن الزواج لا ينعقد إلا بشهود، و اكتفى الحنفية بحضور رجلين أو رجل و امرأتين و لا يشترطون العدالة فى الشهود، و لا تصح عندهم شهادة النساء منفردات.

و قال الشافعية و الحنابلة: لا بد من شاهدين ذكرين مسلمين عادلين.

و قال المالكية: لا تجب الشهادة عند العقد، و تجب عند الدخول، فإذا جرى العقد، و لم يحضر أحد صح، و لكن إذا أراد ان يدخل

الزوج يجب ان يحضر شاهدان، فإذا دخل بلا إشهاد وجب فسخ العقد جبرا عنهما، و يكون هذا الفسخ بمنزلة طلقة بائنة. (بداية المجتهد لابن رشد. و مقصد النبيه لابن جماعة الشافعى).

و قال الإمامية: يستحب الاشهاد على الزواج، و لا يجب «۱».

---

(۱) قال الدكتور محمد يوسف موسى فى كتاب الأحوال الشخصية، ص ۷۴، طبعة ۱۹۵۸:

ان الشيعة يشترطون الاشهاد فى الزواج، و ساوى بينهم و بين الحنفية و الشافعية و الحنابلة.

و لا مصدر لهذا النقل.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۲۹۸

شروط العاقدين

اشارة

اتفقوا على شرط العقل و البلوغ فى الزواج الا مع الولى، و يأتى الكلام عنه، و على خلو الزوجين من المحرمات النسبية و السببية الدائمة و الموقتة المانعة من الزواج، و سنبحثها مفصلا فى باب «المحرمات».

و اتفقوا أيضا على وجوب التعيين، فلا يصح زوجتك احدى هاتين البنتين، و لا زوجت أحد هذين الرجلين.

و اتفقوا على وجوب الرضا و الاختيار، و عدم انعقاد الزواج مع الإكراه إلا الحنفية فإنهم قالوا: ينعقد الزواج بالإكراه (الفقه على المذاهب الأربعة ۴) «۱».

و قال الشيخ مرتضى الأنصارى من الإمامية فى كتاب المكاسب بعد أن ذكر ان الاختيار شرط: «ان المشهور بين فقهاء الإمامية فى العصور المتأخرة انه لو رضى المكره بما فعله صح، بل عن كتاب الحدائق

---

(۱) فى أول باب الطلاق من كتاب مجمع الانهر الحنفية ج ۱: يصح الإكراه فى الطلاق و الزواج و الرجعة و الحلف بالطلاق و الإعتاق، و يصح أيضا بالظهار و الإيلاء و الخلع على مال و إيجاب الحج و الصدقة و العفو عن العمد، و الإكراه على الإسلام، و الصلح عن دم العمد بمال و التدبير و الاستيلاء و الرضاع و اليمين و النذور و الوديعة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۲۹۹

و الرياض ان عليه اتفاقهم». و قال السيد أبو الحسن الأصفهانى الإمامى فى الوسيلة باب الزواج: يشترط فى صحة العقد اختيار الزوجين، فلو أكرها، أو أكره أحدهما لم يصح، نعم لو لحقه الرضا صح على الأقوى.

و على هذا لو ادعت امرأة أنها أكرهت على العقد، أو ادعى هو ذلك، ثم تعاشرا معاشرة الأزواج، و انبسطا انبساط العروسين، أو قبض المهر، أو غير ذلك مما يدل على الرضا ترد دعوى من يدعى الإكراه، و لا يسمع الى أقواله، و لا الى بينة بعد ان ثبت الرضا المتأخر.

و اتفقت المذاهب الأربعة على ان الزواج ينعقد بالهزل، فإذا قالت:

زوجتك نفسى. و قال: قبلت. و كانا يهزلان انعقد الزواج. و كذا يقع الطلاق و العتق بالهزل، لحديث «ثلاث جدهن جد، و هزلهن جد:

الزواج و الطلاق و العتق».

و قال الإمامية: كل هزل فهو لغو، لعدم القصد، و لا يثقون برواة الحديث.

قال الحنفية و الحنابلة: يصح زواج السفيه، اذن الولى أو لم يأذن.

و قال الإمامية و الشافعية: لا بد من اذن الولى.

قال الإمامية و الحنفية: يثبت الزواج بالإقرار مع العقل و البلوغ، لحديث إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

و ذهب الشافعى فى قوله الجديد الى ان العاقلة البالغة إذا أقرت بالزواج، و صدقها الزوج يثبت الزواج، لأنه حق للطرفين.

و فصل مالک بين ان يكون الزوج و الزوجة غريبين عن الوطن فيثبت الزواج بإقرارهما، و بين ان يكونا وطنيين فيطالبان بالبينة لسهولة إقامتها عليهما.

و بهذا قال الشافعى فى القديم (تذكرة العلامة الحلى).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۰۰

البلوغ:

اشارة

اتفقوا على ان الحيض و الحمل يدلان على بلوغ الأنثى، أما الحمل فلأن الولد يتكون من اختلاط ماء الرجل و المرأة معا، و اما الحيض فلأنه فى النساء بمنزلة المنى فى الرجال.

و قال الإمامية و المالكية و الشافعية و الحنابلة: ان ظهور الشعر الخشن على العانة يدل على البلوغ.

و قال الحنفية: لا يدل لأنه كسائر شعر البدن.

و قال الشافعية و الحنابلة: ان البلوغ بالسن يتحقق بخمس عشرة سنة فى الغلام و الجارية.

و قال المالكية: سبع عشرة سنة فيهما.

و قال الحنفية ثمان عشر فى الغلام، و سبع عشرة فى الجارية (المغنى لابن قدامة ج ۴. باب الحجر).

و قال الإمامية: خمس عشرة فى الغلام، و تسع فى الجارية، لحديث ابن سنان: «إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها، و جاز أمرها، و أقيمت الحدود التامة لها و عليها». و أثبتت التجارب انها قد حملت، و هى بنت تسع، و قابلية الحمل كالحمل تماما.

تنبيه:

ما قاله الحنفية فى السنة هو تحديد لأقصى مدة البلوغ، اما الحد الأدنى له عندهم فهو اثنتا عشرة سنة للغلام، و تسع للجارية، حيث يمكن الاحتلام و الإحبال و الإنزال منه، و الاحتلام و الحيض و الحبل منها فى هذه السنة (ابن عابدين ص ۱۰۰ ج ۵ طبعة ۱۳۲۶ ه باب الحجر).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۰۱

شروط الزوجة على الزوج

قال الحنابلة: إذا شرط للزوجة ان لا يخرجها من بلدها أو دارها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها صح العقد و الشرط، و يجب الوفاء، فان لم يفعل فلها فسخ الزواج.

و قال الحنفية و الشافعية و المالكية: يبطل الشرط، و يصح العقد، و لكن الشافعية و الحنفية أوجبوا لها، و الحال هذه مهر المثل لا المهر المسمى (المغنى لابن قدامة ج ۶ باب الزواج).

و قال الحنفية: إذا اشترط الرجل أن يكون الطلاق فى يد المرأة كما لو قال لها: تزوجتك على ان تطلقى نفسك كان الشرط

فاسدا، أما لو اشترطت هى ذلك، و قالت له: زوجتك نفسى على أن يكون الطلاق فى يدى، و قال: قبلت، يكون العقد و الشرط صحيحين، و تطلق نفسها متى شاءت.

و قال الإمامية: لو اشترطت الزوجة أثناء العقد ان لا يتزوج عليها، أو لا يطلقها، و لا يمنعها من الخروج متى تشاء و الى أين تريد، أو أن يكون الطلاق بيدها، أو لا يرثها، و ما الى ذلك مما يتنافى مع

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۰۲

مقتضى العقد يبطل الشرط، و يصح العقد «۱».

أما إذا اشترطت عليه ان لا يخرجها من بلدها، أو يسكنها منزلا معينا، أو لا يسافر بها يصح العقد و الشرط معا، و لكن إذا أخلف لا يحق لها الفسخ، و لو امتنعت عن الانتقال معه فى مثل هذه الحال تستحق جميع الحقوق الزوجية من النفقة، و ما إليها «۲».

إذا ادعت الزوجة انها اشترطت على الزوج فى متن العقد شرطا سائغا، و أنكر الزوج تكلف بالبينة، لأنها تدعى شيئا زائدا على العقد، و مع عجزها عن إقامتها يحلف هو على نفى الشرط لأنه منكر.

---

(۱) قال الإمامية: ان الشرط الفاسد فى غير عقد الزواج يكون مفسدا للعقد، أما فى الزواج فلا يفسد العقد و لا المهر الا اشتراط الخيار، أو عدم ترتب جميع آثار العقد المنافى لطبيعته، و استدلوا على الفرق بين الزواج و غيره بأحاديث صحيحة، و قال بعض الفقهاء: السر ان الزواج ليس معاوضة حقيقية كما هى الحال فى غيره من العقود، و لعلماء الإمامية فى الشروط أبحاث لا توجد فى غير كتبهم، و من أحب الاطلاع عليها فليراجع كتاب المكاسب للأنصارى و تقريرات النائينى للخونسارى ج ۲، و الجزء الثالث من فقه الامام الصادق للمؤلف.

(۲) فى كتاب فرق الزواج للأستاذ على الخفيف ان الإمامية يقولون: بأن هذا النوع من الشرط باطل و هو اشتباه بين هذا النوع و بين ما يتنافى مع طبيعة العقد.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۰۳

دعوى الزواج

اشارة

إذا ادعى رجل زوجية امرأة، فأنكرت، أو ادعت هى، فأنكر، فعلى المدعى البينة، و على المنكر اليمين.

و اتفقوا على أن البينة لا بد أن تكون من رجلين عدلين، و ان شهادة النساء لا تقبل لا منفردات، و لا منضمات، الا الحنفية فإنهم قبلوا شهادة رجل و امرأتين على شرط العدالة، فالعدالة عندهم شرط فى إثبات الزواج لدى الإنكار و الخصومة، و ليست شرطا فى صحة العقد لدى وقوعه.

و قال الإمامية و الحنفية: يكفى أن يشهد الشاهد بالزواج دون ذكر الشروط و التفاصيل.

و قال الحنابلة: لا بد من ذكر الشروط، لأن الناس يختلفون فيها، فمن الجائز أن يعتقد الشاهد صحة الزواج مع انه فاسد.

و قال الإمامية و الحنفية و الشافعية و الحنابلة: يثبت الزواج بالاستفاضة، و ان لم تبلغ حد التواتر.

هل يثبت الزواج بالمعاشرة:

ترفع لدى المحاكم الشرعية بين الحين و الحين دعوى الزواج و كثيرا ما

يدلى المدعى بأنهما تعاشرا و سكنا فى محل واحد، كما يسكن الزوج و زوجته، و يأتى بشهود على ذلك، فهل يثبت، و الحال هذه، أم لا؟

الجواب:

ان ظاهر الحال يقتضى الحكم بالزواج حتى يثبت العكس، أى ان المعاشرة، تدل بظاهرها على وجود الزواج، و هذا الظاهر يستلزم الأخذ بقول المدعى حتى نعلم انه كاذب، على ان الجزم بكذب مدعى الزواج صعب جدا بناء على قول الإمامية من عدم شرط الشهادة فى الزواج.

و لكن هذا الظاهر معارض بالأصل، و هو أصل عدم حدوث الزواج، لأن كل حادث شك فى وجوده فالأصل عدمه، حتى يقوم الدليل عليه، و على هذا يكون قول منكر الزوجية موافقا للأصل، فيطلب الإثبات من خصمه، فان عجز عن إقامة البينة يحلف المنكر، و ترد الدعوى.

و هذا هو الحق الذى تستدعيه القواعد الشرعية، حيث تسالم فقهاء الإمامية على انه إذا تعارض الظاهر مع الأصل يقدم الأصل، و لا يؤخذ بالظاهر الا مع قيام الدليل، و لا دليل فى هذه المسألة.

نعم إذا علم بوقوع صيغة العقد، ثم شک فى أنها وقعت على الوجه الصحيح أو الفاسد يحكم بالصحة بلا ريب، أما إذا كان الشك فى أصل وقوع العقد فلا يمكن ان نستكشف وجوده من المعاشرة و المساكنة بحال.

و لسائل أن يسأل: ان حمل فعل المسلم على الصحة يوجب الأخذ بقول مدعى الزواج ترجيحا لجهة الحلال على الحرام، و الخير على الشر، فنحن مأمورون أن نحمل كل عمل يجوز فيه الصحة و الفساد، أن نلغى جانب الفساد، و نرتب آثار الصحة.

الجواب:

ان الحمل على الصحة فى مسألتنا هذه لا يثبت الزواج، و انما يثبت انهما لم يرتكبا محرما بالمعاشرة و المساكنة، و عدم التحريم أعم من أن يكون هناك زواج أو شبهة حصلت لهما، كما لو توهما الحلال، ثم

تبين التحريم، و يأتى التفصيل فى نكاح الشبهة. و بديهة ان العام لا يثبت الخاص، فإذا قلت فى الدار حيوان لا يثبت وجود الفرس أو الغزال.

و كذلك هنا، فإذا قارب رجل امرأة و لم نعلم السبب فلا نقول هى زوجة، بل نقول لم يرتكبا محرما، و قد تكون المقاربة عن زواج، و قد تكون عن شبهة. و إليك هذا المثال زيادة فى التوضيح:

لو مر بك شخص، و سمعته يتفوه بكلمة، و لم تدر هل كانت كلمته هذه شتما أم تحية؟ فليس لك أن تفسرها بالشتم، كما انه لا يجب عليك رد التحية، و الحال هذه، لأنك لم تتأكد من وجودها، أما لو تيقنت بأنه تفوه بالتحية، و شككت هل كان ذلك بقصد التحية حقيقة أو بداعى السخرية؟ فيجب الرد حملا على الصحة، و ترجيحا للخير على الشر.

و كذلك الحال فيما نحن فيه، فإن حمل المعاشرة على الصحة لا يثبت وجود العقد، و لكن لو علمنا بوجود العقد، و شككنا فى صحته نحمله على الصحة من دون توقف.

و مهما يكن، فإن المعاشرة وحدها ليست بشىء، و لكنها إذا ضمت الى سبب آخر تكون مؤيدة و مقوية، و الأمر فى ذلك يناط بنظر القاضى و اطمئنانه و تقديره على شريطة ان لا يتخذ المعاشرة سندا مستقلا لحكمه «۱».

هذا بالقياس الى ثبوت الزواج، أما الأولاد فإن الحمل على الصحة يستلزم الحكم بأنهم شرعيون على كل حال، لأن المعاشرة اما عن زواج و اما عن شبهة، و أولاد الشبهة كأولاد الزواج فی جميع الآثار الشرعية، و لذا لو ادعت امرأة على رجل بأنه زوجها الشرعی، و انه أولدها، فأنكر الزواج، و اعترف بالولد يقبل منه، إذ من الممكن أن يكون عن شبهة.

---

(۱) هذا و لكن كلمات الفقهاء فی البلغة مسألة اليد، و فی الشرائع و الجواهر باب الزواج تدل على ان المعاشرة تكشف بظاهرها عن الزواج، و ليس هذا ببعيد.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۰۶

و بالتالی، فإن هذه المسألة انما تتم بناء على عدم شرط الشهادة فی العقد، كما تقول الإمامية، اما على قول سائر المذاهب فعلى من يدعى الزواج ان يسمی الشهود، و إذا ادعى تعذر حضورهما لموت أو غياب يتأتى القول المتقدم.

و لا بد من الإشارة إلى ان المعاشرة لا تثبت الزواج مع الخصومة و النزاع، اما مع عدم الخصومة فإننا نرتب آثار الزواج من الإرث و نحوه كما عليه العمل عند جميع المذاهب.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۰۷

المحرمات

اشارة

يشترط فی صحة العقد خلو المرأة من الموانع، أی أن تكون محلا صالحا للعقد، و الموانع قسمان: نسب و سبب، الأول سبعة أصناف، و تقتضی التحريم المؤبد. و الثانی عشرة منها ما يوجب التحريم المؤبد، و بعضها التحريم المؤقت، و إليك التفصيل:

النسب:

اتفقوا على ان النساء اللاتی يحرمن من النسب سبع:

۱- الأم، و تشمل الجدات لأب كنّ أو لأم.

۲- البنات، و تشمل بنات الابن، و بنات البنت، و ان نزلن.

۳- الأخوات لأب أو لأم أو لكليهما.

۴- العمّات، و تشمل عمات الآباء و الأجداد.

۵- الخالات، و تشمل خالات الآباء و الأجداد.

۶- بنات الأخ، و ان نزلن.

۷- بنات الأخت و ان نزلن.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۰۸

و الأصل فی ذلك الآية ۲۳ من سورة النساء حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهٰاتُكُمْ وَ بَنٰاتُكُمْ وَ أَخَوٰاتُكُمْ وَ عَمّٰاتُكُمْ وَ خٰالٰاتُكُمْ وَ بَنٰاتُ الْأَخِ وَ بَنٰاتُ الْأُخْتِ.

فهذی أصناف المحرمات بالنسب،

أما أصناف المحرمات بالسبب

اشارة

فهی:

الأول المصاهرة:

المصاهرة علاقة بین الرجل و المرأة تستلزم تحریم الزواج عینا أو جمعا، و تشمل الحالات التالیة:

۱- اتفقوا علی أن زوجة الأب تحرم علی الابن، و ان نزل، بمجرد العقد، سواء أدخل الأب أم لم یدخل، و الأصل فیه قوله تعالی: وَ لَا تَنْکِحُوا مَا نَکَحَ آبَاؤُکُمْ مِنَ النِّسَاءِ.

۲- اتفقوا علی ان زوجة الابن تحرم علی الأب، و ان علا- بمجرد العقد، و الأصل فیه قوله تعالی وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِکُمُ الَّذِینَ مِنْ أَصْلَابِکُمْ.

۳- اتفقوا علی ان أم الزوجة، و ان علت، تحرم بمجرد العقد علی البنت، و ان لم یدخل، لقوله تعالی وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِکُمْ.

۴- اتفقوا علی ان بنت الزوجة لا تحرم علی العاقد بمجرد وقوع العقد، فیجوز له إذا طلقها قبل أن یدخل، و ینظر و یلمس بشهوة أن یعقد علی بنتها، لقوله سبحانه وَ رَبَائِبُکُمُ اللَّاتِی فِی حُجُورِکُمْ مِنْ نِسَائِکُمُ اللَّاتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ. و قید فی حجورکم بیان للأغلب، و اتفقوا علی تحریم البنت إذا عقد الرجل علی الأم و دخل، و اختلفوا فیما إذا عقد، و لم یدخل، و لکن نظر، أو لمس بشهوة.

قال الإمامیة و الشافعیة و الحنابلة: لا تحرم البنت الا بالدخول، و لا أثر للمس، و لا للنظر بشهوة أو بغیرها.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۰۹

و قال الحنفیة و المالکیة: اللمس و النظر بشهوة یوجبان التحریم تماما کالدخول (بدایة المجتهد ج ۲ و الفقه علی المذاهب الأربعة ج ۴. باب الزواج).

و اتفقوا علی أن حکم وطء الشبهة حکم الزواج الصحیح فی ثبوت النسب، و حرمة المصاهرة. و معنی وطء الشبهة ان تحصل المقاربة بین رجل و امرأة باعتقاد انهما زوجان شرعیان، ثم یتبین أنهما أجنبیان، و ان المقاربة حصلت لمحض الاشتباه، و یفرق بینهما حالا، و تجب العدة علی المرأة، و مهر المثل علی الرجل، و یثبت بالشبهة النسب، و حرمة المصاهرة، و لا توارث بینهما، و لا نفقة للمرأة.

الثانی الجمع بین المحارم:

اتفقوا علی تحریم الجمع بین الأختین، لقوله تعالی وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَیْنَ الْأُخْتَیْنِ. و اتفقت المذاهب الأربعة علی عدم جواز الجمع بین امرأة و عمتها، و لا بینها و بین خالتها، لأن عندهم قاعدة کلیة، و هی لا یجوز الجمع بین اثنتین لو کانت إحداهما ذکرا لحرم

عليه تزويج الأخرى، فلو فرضنا العمة ذكرا لكانت عما، و العم لا يجوز له الزواج من بنت أخيه، و لو فرضنا بنت الأخ ذكرا لكان ابن أخ، و لا يجوز لابن الأخ الزواج من عمته، و هكذا الحال بالقياس إلى الخالة و بنت الأخت.

و قال الخوارج: يجوز الجمع بينهما، سواء أذنت العمة بالزواج من بنت أخيها أو لم تأذن.

و اختلف فقهاء الإمامية، فمنهم من قال بقول المذاهب الأربعة، و الأكثرية منهم ذهبوا الى انه إذا تزوج أولا بنت الأخ، أو بنت الأخت فله أن يتزوج العمة أو الخالة، و ان لم تأذن بنت الأخ أو بنت

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۱۰

الأخت، و إذا تزوج أولا العمة أو الخالة، فلا يجوز له ان يعقد على بنت الأخ أو بنت الأخت إلا إذا أذنت العمة أو الخالة، و استدلوا بالآية ۲۴ من سورة النساء وَ أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذٰلِكُمْ فبعد أن عددت المحرمات أباحت غيرهن، و هذه الإباحة تشمل الجمع بين العمة و بنت الأخ، و الخالة و بنت الأخت، و لو كان هذا الجمع محرما لنص عليه القرآن، كما نص على تحريم الجمع بين الأختين، أما التعليل بأنه لو كانت إحداهما ذكرا إلخ. فمجرد استحسان، و هو غير معتبر عند الإمامية، هذا الى ان أبا حنيفة أجاز للرجل أن يتزوج المرأة و امرأة أبيها، مع انه لو كانت إحداهما رجلا لم يحل لها نكاح صاحبتها. بداهة أن الرجل لا يجوز له أن يتزوج ابنته، و لا ربيبته، كما انه لا يجوز له ان يتزوج امه، و لا امرأة أبيه. (انظر كتاب اختلاف أبى حنيفة و ابن ابى ليلى باب النكاح).

الثالث الزنا:

و فيه مسائل:

۱- قال الشافعية و المالكية: يجوز للرجل أن يتزوج بنته من الزنا، و أخته، و بنت ابنه، و بنت بنته، و بنت أخيه، و بنت أخته، لأنها أجنبية عنه شرعا، و لا يجرى بينهما توارث و لا نفقة (المغنى ج ۶ باب الزواج).

و قال الحنفية و الإمامية و الحنابلة: تحرم كما تحرم البنت الشرعية، لأنها متكونة من مائه، فهى بنته لغة و عرفا، و نفيها شرعا لا يوجب، من حيث الإرث، نفيها حقيقة، بل يوجب نفى الآثار الشرعية فقط، كالميراث و النفقة.

۲- قال الإمامية: من زنا بامرأة، أو دخل بها شبهة، و هى

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۱۱

متزوجة، أو معتدة من طلاق رجعى تحرم عليه مؤبدا، أى لا يجوز له أن يعقد عليها، و لو بانت من الأول بطلاق أو موت، أما لو زنا بها، و هى خلية أو معتدة عدة وفاة، أو من طلاق بائن فلا تحرم عليه.

و عند المذاهب الأربعة لا يوجب الزنا تحريم الزانية على الزانى بها، خلية أو غير خلية.

۳- قال الحنفية و الحنابلة: الزنا يوجب حرمة المصاهرة، فمن زنا بامرأة حرمت عليه أمها و بنتها، و حرمت هى على ابى الزانى و ابنه، و لم يفرقوا بين حصول الزنا قبل الزواج أو بعده، فإذا زنا الرجل بأم زوجته، أو زنا ابن الرجل بزوجة أبيه حرمت الزوجة على زوجها مؤبدا، بل فى كتاب ملتقى الأنهر للحنفية ج ۱ باب الزواج «لو أيقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده الى ابنة منها فقرصها بشهوة، و هى ممن تشتهى لظن أنها أمها حرمت عليه الأم حرمة مؤبدة، و لك ان تصورها من جانبها بأن أيقظته هى كذلك، فقرصت ابنه من غيرها».

و قال الشافعية: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة، لحديث «الحرام لا يحرم الحلال». و عن مالك روايتان: إحداهما مع الشافعية، و

الثانية مع الحنفية.

و قال الإمامية: الزنا قبل العقد يوجب تحريم المصاهرة، فمن زنا بامرأة فليس لأبيه و لا لابنه ان يعقد عليها. اما الزنا الواقع بعد العقد فلا يوجب التحريم، فمن زنا بأم زوجته، أو بنتها تبقى الزوجية على حالها. و كذا لو زنا الأب بزوجة ابنه، أو الابن بزوجة أبيه لم تحرم الزوجة على زوجها الشرعى.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۱۲

الرابع عدد الزوجات:

اتفقوا على ان للرجل أن يجمع بين أربع نساء، و لا تجوز له الخامسة، الآية فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ «۱».

و إذا خرجت إحداهن من عصمة الزوج بموت أو طلاق جاز له التزوّج من أخرى.

و قال الإمامية و الشافعية: إذا طلق إحدى الأربع طلاقا رجعيا فلا يجوز ان يعقد على غيرها حتى تنتهى العدة، أما إذا كان الطلاق بائنا فيجوز له ذلك، و كذا يجوز ان يعقد على الأخت فى عدة أختها المطلقة بائنا لأن الطلاق البائن ينهى الزواج، و يقطع العصمة.

و قالت سائر المذاهب: ليس له ان يتزوج خامسة، و لا أخت المطلقة إلا بعد انقضاء العدة من غير فرق بين الطلاق الرجعى و البائن.

الخامس اللعان:

إذا قذف رجل زوجته بالزنا، أو نفى من ولد على فراشه، و اكذبته هى، و لا بينة له جاز له ان يلاعنها. أما كيفية الملاعنة فهى ان يشهد الرجل باللّه اربع مرات انه لمن الصادقين فيما رماها به، ثم يقول فى الخامسة: ان لعنة اللّه عليه ان كان من الكاذبين، ثم تشهد المرأة أربع مرات انه لمن الكاذبين ثم تقول فى الخامسة: ان غضب اللّه عليها ان

---

(۱) من الغرائب أن ينسب الشيخ أبو زهرة فى كتاب الأحوال الشخصية ص ۸۳ الى بعض الشيعة جواز الجمع بين تسع، لان معنى مَثْنى وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ ۲ و ۳ و ۴ فالمجموع ۹! و لا مصدر لهذه النسبة. قال العلامة الحلى فى كتاب التذكرة: نسب هذا القول لبعض الزيدية، و قد أنكروه إنكارا باتا، و لم أر أحدا يقول به.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۱۳

كان من الصادقين، فإذا امتنع هو عن الملاعنة أقيم عليه الحد، و إذا لاعن، و امتنعت هى أقيم عليها الحد، و إذا تمت الملاعنة من الطرفين يسقط الحد عنهما، و يفرق بينهما، و لا يلحق به الولد الذى نفاه عنه.

و الأصل فى ذلك الآية ۷ من سورة النور وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْواجَهُمْ، وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهاداتٍ بِاللّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصّادِقِينَ، وَ الْخامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللّهِ عَلَيْهِ إِنْ كانَ مِنَ الْكاذِبِينَ، وَ يَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهاداتٍ بِاللّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكاذِبِينَ، وَ الْخامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللّهِ عَلَيْها إِنْ كانَ مِنَ الصّادِقِينَ.

و اتفقوا جميعا على وجوب التفرقة بينهما بعد الملاعنة، و اختلفوا:
هل تحرم الزوجة على الزوج مؤبدا بحيث لا يجوز له العقد عليها بعد ذلك، حتى و لو أكذب نفسه، أو تحرم مؤقتا، و يجوز له العقد بعد ان يكذب نفسه؟
قال الشافعية و الإمامية و الحنابلة و المالكية: انها تحرم مؤبدا، و لا تحل له، و لو أكذب نفسه.
و قال الحنفية: الملاعنة كالطلاق، فلا تحرم مؤبدا، لأن التحريم جاء من الملاعنة، فإن أكذب نفسه ارتفع التحريم (المغنى ج ۷ و ميزان الشعرانى- باب الملاعنة).

السادس عدد الطلاق:

اتفقوا على ان الرجل إذا طلق زوجته ثلاثا بينهما رجعتان حرمت عليه، و لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، و ذلك ان تعتد بعد الطلاق الثالث و عند انتهاء العدة تتزوج زواجا شرعيا دائما، و يدخل بها الزوج، فإذا فارقها الثانى بموت أو طلاق و انتهت عدتها جاز للأول ان يعقد عليها ثانية، فإذا عاد و طلقها ثلاثا حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره،
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۱۴
و هكذا تحرم عليه بعد كل طلاق ثالث، و تحل له بمحلل، و ان طلقت مائة مرة، و على هذا يكون الطلاق ثلاثا من أسباب التحريم المؤقت لا المؤبد.
و لكن الإمامية قالوا: لو طلقت المرأة تسعا طلاق العدة تحرم مؤبدا، و معنى طلاق العدة عندهم ان يطلقها، ثم يراجعها و يطأها، ثم يطلقها فى طهر آخر، ثم يراجعها، و يواقعها، ثم يطلقها فى طهر آخر، و حينئذ لا تحل له الا بمحلل، فإذا عقد عليها ثانية بعد مفارقة المحلل، و طلقها ثلاثا طلاق العدة حلت له بمحلل، ثم عقد عليها، ثم طلقها طلاق العدة، و أكملت الطلقات حرمت عليه مؤبدا. اما إذا لم يكن الطلاق طلاق العدة كما لو ارجعها ثم طلقها قبل الوطء، أو تزوجها يعقد بعد انتهاء العدة فلا تحرم عليه، و لو طلقت مائة مرة.

السابع اختلاف الدين:

اشارة

اتفقوا على انه لا يجوز للمسلم و لا للمسلمة التزويج ممن لا كتاب سماوى لهم، و لا شبهة كتاب، و هم عبدة الأوثان و النيران و الشمس و سائر الكواكب و ما يستحسنونه من الصور، و كل زنديق لا يؤمن باللّه.
و اتفق الأربعة على ان من لهم شبهة كتاب كالمجوس، لا يحل التزويج منهم، و معنى شبهة كتاب هو ما قيل بأنه كان للمجوس كتاب، فتبدلوه، فأصبحوا، و قد رفع عنهم.
و اتفق الأربعة ايضا على ان للمسلم ان يتزوج الكتابية، و هى النصرانية و اليهودية، و لا يجوز للمسلمة أن تتزوج كتابيا.
اما فقهاء الإمامية فقد اتفقوا على تحريم زواج المسلمة من كتابىّ، كما قالت المذاهب الأربعة، و اختلفوا فى زواج المسلم من كتابية، فبعضهم قال: لا يجوز دواما و انقطاعا، و استدلوا بقوله تعالى وَ لَا تُمْسِكُوا

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۱۵

بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ و قوله وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ. إذ فسروا الشرك بالكفر و عدم الإسلام. و أهل الكتاب باصطلاح القرآن غير المشركين بدليل قوله تعالى لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَ الْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِّينَ (البينة- ۱). و قال آخرون: يجوز دواما و انقطاعا و استدلوا بقوله تعالى وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ (المائدة- ۵) و هو ظاهر فى حل نساء أهل الكتاب. و قال ثالث:

تجوز انقطاعا و لا يجوز دواما، جمعا بين الأدلة المانعة و المبيحة، فإن ما دل على المنع يحمل على الزواج الدائم، و ما دل على الإباحة يحمل على المنقطع.

و مهما يكن، فإن الكثيرين من فقهاء الإمامية فى هذا العصر يجيزون تزويج الكتابية دواما، و المحاكم الشرعية الجعفرية فى لبنان تزوج المسلم من الكتابية، و تسجل الزواج و ترتب عليه جميع الآثار.

و اتفقوا ما عدا المالكية على أن أنكحة غير المسلمين كلها صحيحة إذا وقعت على ما يعتقدون فى دينهم. و نحن المسلمين نرتب عليها جميع آثار الصحة من غير فرق بين أهل الكتاب و غيرهم حتى الذين يجيزون نكاح المحارم.

و قال المالكية لا تصح أنكحة غير المسلمين، لأنها لو وقعت من مسلم لكانت فاسدة، فكذلك إذا وقعت منهم. و ليس بجيد، لأن هذا ينفر غير المسلمين من الإسلام، و يوجب الفوضى و اختلال النظام، و قد ثبت فى الحديث عند الإمامية: «من دان بدين قوم لزمته أحكامهم». «و ألزموهم بما الزموا به أنفسهم» «۱».

تحاكم أهل الكتاب عند قاض مسلم:

فى كتاب الجواهر للإمامية باب الجهاد بحث مفيد يتناسب مع هذا المقام نلخصه فيما يلى:

---

(۱) كتاب الجواهر باب الطلاق.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۱۶

لو تحاكم غير المسلمين عند قاض مسلم فهل يحكم بأحكام دينهم، أو بحكم الإسلام؟

الجواب: على القاضى أن ينظر، فإن كان المتخاصمان ذميين كان مخيرا بين ان يحكم بحكم الإسلام، و بين الاعراض عنهما، و عدم سماع الدعوى بالمرة للآية ۴۲ من سورة المائدة فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَ إِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً. وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ.

و سئل الإمام جعفر الصادق عن رجلين من أهل الكتاب بينهما خصومة ترافعا الى حاكم منهم، و لما قضى بينهما أبى الذى قضى عليه، و طلب أن يحاكم عند المسلمين، فقال الامام: يحكم بينهما بحكم الإسلام.

و إذا كانا حربيين فلا يجب على القاضى أن يحكم بينهما، إذ لا يجب دفع بعضهم عن بعض، كما هى الحال فى أهل الذمة.

و إذا كانا ذميا و مسلما، أو حربيا و مسلما وجب على القاضى قبول الدعوى، و أن يحكم بينهما بما أنزل اللّه، لقوله تعالى: فى الآية ۴۹ من سورة المائدة وَ أَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللّهُ، وَ لَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ، وَ احْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللّهُ إِلَيْكَ.

و لو استعدت زوجة الذمى على زوجها حكم عليه بحكم الإسلام.

و بالتالى فقد تبين مما تقدم ان علينا نحن المسلمين أن نبنى على صحة المعاملات التى تجريها الطوائف غير الإسلامية إذا كانت

على طبق دينهم ما داموا لم يتقاضوا إلينا، أما إذا تحاكموا عندنا فيجب ان نحكم عليهم بحكم الإسلام فى جميع الحالات، كما تقتضيه عموم الآيات و الأحاديث الدالة على وجوب الحكم بالحق و العدل.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣١٧

الثامن الرضاع:

اتفقوا جميعا على صحة الحديث: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». و عليه فكل امرأة حرمت من النسب تحرم مثلها من الرضاع، فأى امرأة تصير بسبب الرضاع أما أو بنتا أو أختا أو عمة أو خالة أو بنت أخ أو بنت أخت يحرم الزواج منها بالاتفاق. و اختلفوا فى عدد الرضعات التى توجب التحريم، و فى شروط المرضعة و الرضيع.

١- قال الإمامية: يشترط أن يحصل لبن المرأة من وطء شرعى، فلو درّت من دون زواج، أو بسبب الحمل من الزنا لم تنشر الحرمة، و لا يشترط بقاء المرضعة فى عصمة صاحب اللبن، فلو طلقها، أو مات عنها، و هى حامل منه أو مرضع، ثم أرضعت ولدا تنشر الحرمة، حتى و لو تزوجت، و دخل بها الثانى.

و قال الحنفية و الشافعية و المالكية: لا فرق بين أن تكون المرأة بكرا، أو ثيّبا، و لا بين أن تكون متزوجة، أو غير متزوجة متى كان لها لبن يشربه الرضيع.

و قال الحنابلة: لا تترتب أحكام الرضاع شرعا إلا إذا درّت بسبب الحمل، و لم يشترطوا أن يكون الحمل عن وطء شرعى (الأحوال الشخصية لمحمد محيى الدين عبد الحميد).

٢- قال الإمامية: يشترط أن يمتص الرضيع اللبن من الثدى، فلو وجر فى حلقه، أو شربه بأى طريق غير الامتصاص مباشرة لم تتحقق الحرمة.

و قال الأربعة: يكفى وصول اللبن الى جوف الطفل كيف اتفق.

(بداية المجتهد، و حاشية الباجورى باب الرضاع). بل جاء فى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة أن الحنابلة يكتفون بوصول اللبن الى جوف الطفل من أنفه لا من فمه.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣١٨

٣- قال الإمامية: لا تتحقق الحرمة إلا إذا رضع الطفل من المرأة يوما و ليلة على أن يكون غذاؤه فى هذه المدة منحصرا بلبن المرأة فقط، لا يتخلله طعام، أو خمس عشرة رضعة كاملة، لا يفصل بينها رضعة امرأة أخرى، و فى المسالك لا بأس بالطعام. و عللوا ذلك بأن فى هذه الكمية من اللبن ينبت اللحم و يشتد العظم.

و قال الشافعية و الحنابلة: لا بد من خمس رضعات على الأقل.

و قال الحنفية و المالكية: يثبت التحريم بمجرد حصول الرضاع كثيرا كان أو قليلا، و لو قطرة (الفقه على المذاهب الأربعة).

٤- قال الإمامية و الشافعية و المالكية و الحنابلة: أن زمن الرضاع الى سنتين من سن الرضيع. و قال أبو حنيفة إلى سنتين و نصف.

٥- قال الحنفية و المالكية و الحنابلة: لا يشترط ان تكون المرضعة على قيد الحياة، فإذا ماتت، و دب إليها الطفل، و ارتضع من ثديها يكفى فى التحريم، بل قال المالكية: إذا شك: هل الذى رضعه الطفل هو لبن أو غيره فإنه ينشر الحرمة (الفقه على المذاهب الأربعة).

و قال الإمامية و الشافعية: حياة المرضعة شرط لازم حين الرضاع، فلو ماتت قبل إكمال الرضعات لم تتحقق الحرمة.

و اتفقوا على أن صاحب اللبن، و هو زوج المرضعة يصير أبا للرضيع، و يحرم بينهما ما يحرم بين الآباء و الأبناء، فأم صاحب اللبن جدة للرضيع، و أخته عمة له، كما تصبح المرضعة أما له، و أمها جدة، و أختها خالة.

التاسع العدة:

اتفقوا على ان المعتدة لا يجوز العقد عليها، كالمتزوجة تماما، سواء أ كانت معتدة من وفاة، أو طلاق رجعي أو بائن، لقوله تعالى:
وَ الْمُطَلَّقٰاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاٰثَةَ قُرُوءٍ و قوله وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۱۹

مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْوٰاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً. و التربص معناه الصبر و الانتظار.

و اختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها: هل تحرم عليه؟ قال المالكية:

إذا دخل تحرم مؤبدا، و لا تحرم مع عدم الدخول.

و قال الحنفية و الشافعية: يفرق بينهما، فإذا انقضت العدة فلا مانع من تزويجه بها ثانية. (بداية المجتهد).

و في الجزء السابع من كتاب المغني للحنابلة باب العدد: «إذا تزوج معتدة، و هما عالمان بالعدة و تحريم النكاح، و وطأها فهما زانيان، عليهما حد الزنا». و في الجزء السادس من الكتاب المذكور باب الزواج: «إذا زنت المرأة لم يحل نكاحها لمن يعلم ذلك الا بشرطين: انقضاء العدة، و التوبة من الزنا. و إذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني و غيره».

و عليه فالزواج في العدة لا يوجب التحريم المؤبد عند الحنابلة.

و قال الإمامية: لا يجوز العقد على المعتدة الرجعية و البائنة و إذا عقد عليها مع العلم بالعدة و الحرمة بطل النكاح، و حرمت مؤبدا، سواء أدخل أم لم يدخل، و مع الجهل بالعدة و التحريم لا تحرم مؤبدا إلا إذا دخل، و إذا لم يدخل يبطل العقد فقط، و له استئناف العقد بعد العدة التي كانت فيها (المسالك ج ۲ باب الطلاق).

العاشر الإحرام:

قال الإمامية و الشافعية و المالكية و الحنابلة: المحرم للحج أو للعمرة لا يتزوج و لا يزوج رجلا كان أو امرأة، وكيلا أو وليا، و ان حصل الزواج كان باطلا، لحديث «لا ينكح المحرم، و لا ينكح، و لا يخطب».

و قال الحنفية: الإحرام لا يمنع من الزواج.

و قال الإمامية: إذا حصل العقد حال الإحرام فإن كان مع الجهل

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۲۰

بالتحريم حرمت المرأة مؤقتا، فإذا أحلا أو أحل الرجل، ان لم تكن المرأة محرمة جاز له العقد عليها، و ان كان مع العلم بالتحريم فرق بينهما و حرمت مؤبدا.

و قالت سائر المذاهب: تحرم مؤقتا لا مؤبدا (تذكرة العلامة الحلي للإمامية ج ۱ باب الحج، و بداية المجتهد باب الزواج).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۲۱

الولاية

اشارة

الولاية فى الزواج سلطة شرعية جعلت للكامل على المولى عليه، لنقص فيه، و رجوع مصلحة اليه، و يقع الكلام فى أمور:

البالغة الراشدة:

قال الشافعية و المالكية و الحنابلة: ينفرد الولى بزواج البالغة الراشدة إذا كانت بكرا، أما إذا كانت ثيبا و هو شريك لها فى الزواج، لا ينفرد دونها، و لا تنفرد دونه، و يجب أن يتولى هو إنشاء العقد، و لا ينعقد بعبارات المرأة قط، و ان كان لا بد من رضاها.

و قال الحنفية: للبالغة العاقلة إن تنفرد باختيار الزوج، و ان تنشئ العقد بنفسها بكرا كانت أو ثيبا، و ليس لأحد عليها ولاية و لا حق الاعتراض، على شريطة ان تختار الكفؤ، و أن لا تتزوج بأقل من مهر المثل، فان تزوجت بغير الكفؤ يحق للولى أن يعترض، و يطلب من القاضى فسخ الزواج، و ان تزوجت بالكفو على أقل من مهر المثل، يطلب الفسخ إذا لم يتمم الزوج مهر المثل. (الأحوال الشخصية لأبى زهرة).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۲۲

و قال أكثر الإمامية: أن البالغة الرشيدة تملك ببلوغها و رشدها جميع التصرفات من العقود و غيرها حتى الزواج بكرا كانت أو ثيبا، فيصح ان تعقد لنفسها و لغيرها مباشرة و توكيلا إيجابا و قبولا، سواء أ كان لها أب أو جد أو غيرها من العصبيات أو لم يكن، و سواء رضى الأب أو كره، و سواء كانت رفيعة أو وضيعة، تزوجت بشريف أو وضيع، و ليس لأحد كائنا من كان أن يعترض، فهى تماما كالرجل دون أى فرق. و استدلوا على ذلك بالقرآن فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ.

و بالحديث عن ابن عباس عن النبى: «الأيم أحق بنفسها من وليها» و الأيم من لا زوج له رجلا كان أو امرأة بكرا كانت أو ثيبا. و استدلوا أيضا بالعقل حيث يحكم بأن لكل إنسان الحرية التامة بتصرفاته، و ليس لغيره أى سلطان عليه قريبا كان أو بعيدا. و قد أحسن ابن القيّم فى قوله: «كيف يجوز للأب ان يزف ابنته بغير رضاها الى من يريده هو، و هى من أكره الناس فيه، و هو أبغض شيء إليها، و مع هذا ينكحها إياه قهرا، و يجعلها أسيرة عنده!.».

الصغر و الجنون و السفه:

اتفقوا على أن للولى أن يزوج الصغير و الصغيرة، و المجنون و المجنونة، و لكن الشافعية و الحنابلة خصصوا هذه الولاية بالصغيرة البكر، أما الصغيرة الثيب فلا ولاية له عليها (المغنى ج ۶ باب الزواج).

و قال الإمامية و الشافعية: زواج الصغيرة و الصغير موكول للأب و الجد للأب فقط دون غيرهما.

و قال المالكية و الحنابلة: بل للأب فقط.

و قال الحنفية: يجوز ذلك لجميع العصبيات، حتى العم و الأخ.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۲۳

و قال الحنفية و الإمامية و الشافعية: لا يصح عقد الزواج من السفيه إلا بإذن وليه.

و قال المالكية و الحنابلة: يصح و لا يشترط اذن الولى (تذكرة العلامة ج ۲ و المغنى ج ۴ باب الحجر).

ترتيب الأولياء:

قال الحنفية: الولاية أولا لابن المرأة ان كان لها ابن، و لو من الزنا، ثم ابن ابنه، ثم الأب، ثم الجد للأب، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ للأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم، ثم ابن العم إلخ. و يتبين من هذا ان وصى الأب لا ولاية له على الزواج، حتى و لو أوصى به صراحة.

و قال المالكية: الولى هو الأب، و وصى الأب، ثم الابن و لو من الزنا، ان كان للمرأة ابن، ثم الأخ، ثم ابن الأخ، ثم الجد، ثم العم إلخ، ثم تنتقل الولاية إلى الحاكم.

و قال الشافعية: الأب، ثم الجد لأب، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم إلخ، الى ان تنتقل الولاية إلى الحاكم.

و قال الحنابلة: الأب و وصى الأب، ثم الأقرب فالأقرب من العصبيات كالإرث، ثم الحاكم.

و قال الإمامية: لا ولاية إلا للأب، و الجد للأب، و الحاكم فى بعض الحالات، فكل من الأب و الجد يستقل بولاية العقد على الصغير و الصغيرة، و على من بلغ مجنونا أو سفيها، اى اتصل الجنون أو السفه بالصغر، و لو بلغا راشدين عاقلين، ثم طرأ عليها الجنون أو السفه لم

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۲۴

يكن للأب و لا للجد ولاية العقد على أحدهما، بل يستقل الحاكم بذلك مع وجود الأب و الجد. و إذا اختار الأب شخصا، و اختار الجد غيره قدم اختيار الجد.

و اشترطوا لنفوذ عقد الولى أبا كان أو جدا أو حاكما ان لا يكون فيه ضرر على المولى عليه، فإذا تضرر الصغير بالزواج يخير بعد البلوغ و الرشد بين فسخ العقد و بقائه.

و قال الحنفية: إذا زوج الصغيرة الأب أو الجد بغير الكفء أو بدون مهر المثل فإنه يصح إذا لم يكن معروفا بسوء الاختيار، اما إذا زوجها غير الأب و الجد بغير الكفء أو بدون مهر المثل فلا يصح الزواج أصلا.

و قال الحنابلة و المالكية: للأب ان يزوج ابنته بدون مهر المثل. و قال الشافعية: ليس له ذلك، فإن فعل فلها مهر المثل.

و قال الإمامية: إذا زوج الولى الصغيرة بدون مهر المثل، أو زوج الصغير بأكثر منه فمع المصلحة فى ذلك يصح العقد و المهر، و بدونها يصح العقد، و تتوقف صحة المهر على الإجازة فإن أجاز بعد البلوغ استقر المهر و الا رجع الى مهر المثل.

و اتفقوا على ان للحاكم العادل ان يزوج المجنون و المجنونة إذا لم يوجد الولى القريب، لحديث: «السلطان ولى من لا ولى له».

و ليس له ان يزوج الصغيرة عند الإمامية و الشافعية. و قال الحنفية:

له ذلك الا ان العقد لا يلزم، فإذا بلغت كان لها الرد. و هذا يعود فى حقيقته الى قول الشافعية و الإمامية، لأن الحاكم يكون، و الحال هذه فضوليا.

و قال المالكية: إذا لم يوجد الولى القريب فالحاكم يستقل بزواج

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۲۵

الصغيرة و الصغير و المجنونة و المجنون من الأكفاء، و يزوج الكبيرة الراشدة بإذنها.

و اتفقوا على ان من شرط الولاية بلوغ الولى و إسلامه و ذكوريته، أما العدالة فهى شرط فى الحاكم لا فى القريب الا الحنابلة فإنهم اشترطوا العدالة فى كل ولى، حاكما كان أو قريبا.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٣٢٦

الكفاءة

معنى الكفاءة عند الذين اعتبروها فى الزواج ان يتساوى الرجل مع المرأة فى الأشياء التى سنشير إليها، و قد اعتبروا الكفاءة فى الرجال دون النساء، لأن الرجل لا يعير بزواج من هو أدنى بخلاف المرأة.

و قد اتفق الحنفية و الشافعية و الحنابلة على اعتبار الكفاءة فى الإسلام و الحرية «١» و الحرفة و النسب، و اختلفوا فى المال و اليسار، فاعتبره الحنفية و الحنابلة، و لم يعتبره الشافعية.

أما الإمامية و المالكية فلم يعتبروا الكفاءة إلا فى الدين، لحديث «إذ جاءكم من ترضون دينه و خلقه فزوجوه ان لا تفعلوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَ فَسٰادٌ كَبِيرٌ».

و مهما يكن، فان شرط الكفاءة فى الزواج لا يتلاءم مع نص القرآن:

إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللّٰهِ أَتْقٰاكُمْ. و مع مبادئ الإسلام «لا فضل لعربى

---

(١) ان شرط الحرية عند الحنفية يتنافى تماما مع أصولهم، فلقد حكموا بأن الحر يقتل بالعبد، كما يقتل العبد بالحر، مع أن جميع المذاهب، بما فيها مذهب الإمامية، قالت بأن الحر لا يقتل بالعبد، و يقتل العبد بالحر، هذا إلى ان الحنفية لا يشترطون فى ولى الزواج الحرية كبعض المذاهب؟

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٣٢٧

على عجمى إلا بالتقوى»، و مع سنة الرسول «ص» حيث أمر فاطمة بنت قيس أن تتزوج من زيد بن أسامة، و أمر بنى بياضة أن يزوجوا أبا هند، و هو حجام، لذلك رأينا جماعة من كبار العلماء لا يشترطون الكفاءة فى الزواج، كسفيان الثورى، و الحسن البصرى، «و الكرخى من مشايخ الحنفية و أبى بكر الجصاص و من تبعهما من مشايخ العراق».

(ابن عابدين ج ٢ باب الزواج).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٣٢٨

العيوب

اشارة

إذا وجد أحد الزوجين عيبا فى الآخر فهل له فسخ الزواج؟ و للمذاهب تفصيل و اختلاف فى عدد العيوب الموجبة للفسخ، و فى أحكامها.

و إليك البيان.

العنن:

اشارة

العنن داء يعجز معه الرجل عن عمليـة الجنس، و يوجب للزوجة خيار الفسخ بالاتفاق، و لكنهم اختلفوا فيما لو عجز عن الزوجة و قدر على غيرها. فهل يكون لها الخيار؟

قال الإمامية: لا يثبت لها خيار الفسخ إلا مع عجزه عن جميع النساء، فلو عجز عن الزوجة فقط، و قدر على غيرها فلا خيار «١» لأن الدليل دل على ان لزوجة العنين الفسخ، و من قدر على امرأة ما لا يكون عنينا بالمغنى الصـحيح، لأن العنة نقص فى جسم الرجل يوجب

---

(١) نقل الشـهيد فى المسالك عن الشـيخ المفيد ان العبرة فى جواز فسخ المرأة الزواج ان يعجز عنها بالذات، حتى و لو قدر على غيرها. و الاعتبار يساعد على ذلک.

عجزه عن جميع النساء، تماما كالأعمى الذى لا يبصـر شيئا، و إذا افترض وجود شـخص يعجز عن زوجته و يقدر على غيرها فلا محالـة يكون السـبب خارجا عن أصل الخلقـة، كالحياء، أو الخوف، أو لصـفة فى الزوجـة توجب النفرة منها، أو غير ذلک، و ان كثيرا من المجرمين يبلغ فيهم كره الحلال الى حد يوجب لهم العجز عنه، و يرغبون فى الحرام رغبة تبعث فيهم القوة و النشاط.

و قال الشافعيـة و الحنابلـة و الحنفية: إذا عجز عن إتيان الزوجة فلها الخيار، حتى و لو قدر على غيرها، لأنه يسـمى، و الحال هذه، عنينـا بالنسـبة إليهـا، و أى نفع يصـل الى الزوجـة إذا أصـاب غيرها! و مهما يكن، فقـد اتفقوا على ان المرأة إذا ادعت العنـة على زوجها، و أنكر فعليها إقامة البينة على اعترافه بأنه عنين، فان لم تكن بينة «١» ينظر، فان كانت بكرا عرضت على النساء الخبيرات، و عمـل بقولهن، و ان كـانت ثيبـا عرض عليه اليمين، لأـنه منكر، إذ تـدعى هى وجود عيب فيه موجب للخيـار، فـان حلف ردت دعواها، و إن نكل حلفت هى، ثم يؤجله القاضـى سـنة قمرية، فان لم ينفعها طوال سـنة خيّرها القاضى بعد انتهاء المدة بين البقاء معه و الفسخ، فان اختارت البقاء فالأمر إليها، و ان اختارت الفسخ فسخت هى، أو فسخ الحاكم بطلب منها.

و لا تحتاج الى طلاق عند الإمامية و الشافعية و الحنابلة. و قال المالكية:

تطلق هى نفسها بأمر القاضى، و يرجع قولهم هذا فى حقيقته إلى الفسخ.

و قال الحنفية: القاضى يأمر الزوج بالطلاق، فإن امتنع طلقها هو.

و قال الحنفية: يثبت لها جميع المهر. و قال الإمامية: نصفه.

و قال المالكية و الشافعية و الحنابلة: لا شىء لها.

---

(١) أقيمت عندى دعوى من هذا النوع، و لما أحلت المدعى عليه إلى الأطباء أفادوا بأن الطلب بعد لم يكتشف داء العنة، و انه لا يعرف إلا بممارسة النساء.

و إذا عرضت العنـة بعـد العقـد و الـدخول فلا خيار لها، و ان طرأ بعـد العقـد، و قبل الـدخول فلها الخيار، كما لو كانت العنة قبل العقد.

فائدة:

قال صاحب كتاب الجواهر ج ۵ باب الزواج فى مسألة العنن: لو أقر الزوج بالعجز عن إتيان الزوجة، و أجله الحاكم سنة، و بعد انتهائها قال: دخلت. و قالت هى: لم يدخل. يؤخذ بقول الزوج مع يمينه، كما لو لم يقر بالعجز من أول الأمر، و استدل بأدلة دقيقة محكمة قلّ من يتنبه إليها، لأن دعوى الزوج القدرة بعد الإقرار بالعجز لا تسمع لأنه مدع لشىء جديد بحسب الظاهر، و لكن الشيخ أبعد نظرا من الذين لا يرون الا الظواهر، و إليك ما استند اليه:

أولا: ان إقراره بالعجز قبل ضرب الأجل لا يثبت العنة، إذ العجز فى حينه قد يكون عجزا مؤقتا، و قد يكون دائما، و وجود العام لا يثبت وجود الخاص، فإذا قلت كتبت بالقلم لا يدل قولك هذا على ان القلم الذى كتبت به قلم رصاص، أو قلم حبر، كذلك العجز لا يدل على العنة أو غيرها، فقد يكون لنقص فى الخلقة، و قد يكون لسبب خارج عنها، و استصحاب العجز لا يثبت العنة الا على القول بالأصل المثبت «۱».

ثانيا: ان المنكر هو الذى لو سكت عنه لسكت، و المدعى هو

---

(۱) من الأصول الباطلة عند الإمامية الأصل المثبت، و هو ما يثبت الأثر باللزوم العقلى لا بالأصل الشرعى، فالاستصحاب حجة بالقياس إلى ما يترتب على المستصحب من أحكام دون لوازم العقل، فإذا استصحبنا بقاء الليل فى رمضان فهذا الاستصحاب يبيح لنا تناول الطعام، و لكنه لا يثبت ان الساعة لم تبلغ الخامسة باعتبار انها وقت لطلوع الفجر.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۳۱

الذى لو سكت عنه لم يسكت، و بكلمة ان المدعى هو الذى يأخذ بالخناق، و يثير الحروب، و المنكر هو الذى يطلب السلامة و الخلاص.

و ليس من شك ان الزوجة لو سكنت عن دعوى العنة لسكت عنها الزوج، و لو سكت الزوج لم تسكت هى. فتكون، و الحال هذه، مدعية عليها البينة و يكون هو منكرا عليه اليمين.

ثالثا: لقد ثبت فى الحديث «ان الرجل إذا تزوج المرأة الثيب، و زعمت انه لم يقربها فالقول قول الرجل، و عليه ان يحلف بأنه قد جامعها». فالحديث جعل اليمين على الرجل، و لم يفرق بين من سبق من الإقرار بالعجز و غيره.

الجب و الخصاء:

الجب قطع الذكر، و الخصاء سل الأنثيين أو رضهما، و يثبت بهما خيار الفسخ للزوجة بالاتفاق من غير إمهال على ان يعرض الجب أو الخصاء قبل الوطء، أما لو حدث بعد العقد و الوطء فلا خيار لها.

و قال الحنفية: إذا انتصب ذكر الخصى فلا خيار، حتى إذا لم ينزل. و قال غيرهم: يثبت به الخيار انتصب أو لم ينتصب ما دام لم ينزل، لأن عدم الانزال عيب كالعنن.

و نقل الشهيد الثانى فى كتاب المسالك ج ۱ باب الزواج أن الخصى يولج، و يبالغ، و حالته فى ذلك أكثر من الفحل، و لكنه لا ينزل، و هذا عيب يوجب الفسخ للأحاديث الدالة على ان لزوجة الخصى أن تختار فراقه.

و قال الحنفية: إذا تم الفسخ بسبب الجب و الخصاء فلها المهر كاملا، و قال غيرهم: إذا اختارت الفسخ بسبب الجب فلا مهر،

حيث لا
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۳۲
دخول، و إذا اختارته بسبب الخصاء فلها المهر مع الإيلاج، و لا شيء لها بدونه.
ثم ان الحنفية لا يرون للرجل حق الفسخ، و لو رأى عشرات العيوب مجتمعة فى المرأة، أما الزوجة فتفسخ بالعيوب الثلاثة التى تكلمنا عنها، و هى الجب و الخصاء و العنة، و لذا لا يبقى أى كلام للحنفية فى العيوب الآتية:

الجنون:

اتفق المالكية و الشافعية و الحنابلة على أن الزوج يفسخ العقد بجنون زوجته، و الزوجة تفسخ بجنون زوجها، و اختلفوا فى التفاصيل، فقال الشافعية و الحنابلة: يثبت الفسخ لكل منهما، سواء أحدث الجنون قبل العقد أم بعده، و بعد الدخول أيضا، و لا يشترط الإمهال، كما هى الحال فى العنن.
و قال المالكية: إذا حدث الجنون قبل العقد فلكل منهما الفسخ على شريطة أن يتضرر العاقل بمعاشرة المجنون، و إذا حدث الجنون بعد العقد تفسخ به الزوجة فقط بعد أن يؤجل الحاكم سنة قمرية، إذ ربما عوفى أثناء هذه المدة، أما الزوج فلا يحق له الفسخ بجنون زوجته المتجدد بعد العقد.
و قال الإمامية: لا يفسخ الزوج بجنون زوجته المتجدد بعد العقد، حيث يمكنه الطلاق، و تفسخ هى بجنون زوجها، سواء كان الجنون قبل العقد، أم حدث بعده، و بعد الدخول.
و اتفق الإمامية و الحنابلة و الشافعية و المالكية على ان لها المهر كاملا مع الدخول، و لا شيء بدونه.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۳۳

البرص و الجذام:

قال الإمامية: البرص و الجذام من العيوب التى يفسخ بها الرجل دون المرأة على شريطة ان يحدث أحدهما قبل العقد، و ان يكون الرجل جاهلا به، و لا يحق للمرأة أن تفسخ إذا كان أحد هذين العيبين فى الرجل.
و قال الشافعية و المالكية و الحنابلة: هما من العيوب المشتركة بين الرجل و المرأة، و لكل منهما أن يفسخ العقد إذا وجد بصاحبه برصا أو جذاما، و حكمهما عند الشافعية و الحنابلة حكم الجنون.
و قال المالكية: تفسخ الزوجة بالجذام إذا وجد فى الرجل قبل العقد و بعده، أما الرجل فيفسخ إذا كان الجذام فى المرأة قبل العقد أو حينه.
أما البرص فإن كان قبل العقد فلكل منهما حق الخيار، و ان حدث بعد العقد فالخيار لها لا له، و لا أثر للبرص اليسير بعد العقد. و يؤجل الحاكم الأبرص و المجذوم سنة قمرية مع احتمال الشفاء و البرء.

الرتق و القرن و العفل و الإفضاء:

معنى الرتق انسداد مدخل الذكر من الفرج بحيث يتعسر معه الجماع، و القرن شيء يبرز فى الفرج، كقرن الشاة، و العفل لحم فى القبل لا يخلو من رشح، و الإفضاء اختلاط المسلكين.

و هذه العيوب الأربعة كما ترى مختصة بالمرأة، و هى عند المالكية و الحنابلة توجب للزوج حق الخيار.

و قال الشافعية: الموجب للفسخ الرتق و القرن فقط، و لا تأثير للإفضاء و العفل.

و قال الإمامية: التأثير فى حق الفسخ للقرن و الإفضاء، أما الرتق و العفل فلا يوجبان شيئا. و قالوا: ان العمى و العرج الواضح إذا وجد

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۳۴

أحدهما بالمرأة قبل العقد، و لم يعلم به الرجل يفسخ العقد ان شاء، و لا تفسخ المرأة إذا وجدت أحدهما بالرجل.

و فى رأينا أن أى مرض من الأمراض المختصة أو المشتركة بين الرجل و المرأة إذا أمكن استئصاله، و عولج، و لم يترك العلاج أثرا مشوها و معيبا فإن وجوده يكون كعدمه لا يوجب أى شىء، لأنه، و الحال هذه، يكون كسائر الأمراض العارضة التى لا يخلو أحد منها- فى الغالب- أما اهتمام الفقهاء بهذه العيوب منذ زمان فلأنها كانت فى عهدهم مستعصية على فن الجراحة.

الفورية:

قال الإمامية: ان خيار الفسخ يثبت على الفور، فلو علم الرجل، أو المرأة بالعيب فلم يبادر الى الفسخ لزم العقد، و كذلك الخيار مع التدليس.

و قال صاحب الجواهر: ان الجهل بالخيار، بل و الفورية عذر، لإطلاق ما دل على الخيار، و قال أيضا: ان الفسخ بجميع أفراده لا يتوقف على الحاكم، و انما يتوقف عليه ضرب الأجل فى خصوص العنين.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۳۵

خيار الشرط

الفرق بين شرط الخيار، و بين خيار الشرط انه فى الأول أخذ الخيار شرطا فى متن العقد، فتقول المخطوبة: زوّجتك نفسى على أن يكون لى الخيار ثلاثة أيام، و يقول الخاطب: قبلت. أو تقول:

زوجتك نفسى. و يقول هو: قبلت على أن يكون لى الخيار مدة كذا، فيؤخذ الخيار فى فسخ الزواج شرطا فى متن العقد، و هذا الشرط يبطل العقد بالاتفاق، كما قدمنا.

أما خيار الشرط فلا يؤخذ نفس الخيار شرطا فى العقد، بل يؤخذ فيه وصف معين، كما لو اشترط الخاطب أن تكون المخطوبة بكرا، أو اشترطت هى أن يكون معه شهادة جامعية بحيث إذا لم يوجد الوصف جاز للآخر أن يفسخ العقد، و قد اختلفت المذاهب فى ذلك.

قال الحنفية: إذا اشترط أحد الزوجين فى متن العقد شرطا سلبيا، كالسلامة من العمى أو المرض، أو إيجابيا، كاشتراط الجمال، أو البكارة، و ما إلى ذلك، ثم تبين العكس يصح العقد، و لا ينفذ الشرط إلا إذا اشترطت هى شرطا يعود إلى الكفاءة، كاشتراط النسب أو الحرفة أو المال فيحق لها الفسخ مع تخلف الشرط، أما هو فلا ينفذ

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۳۶

شىء من شروطه، لأن الكفاءة شرط فى الزوج لا فى الزوجة كما تقدم.

و قال المالكية و الشافعية و الإمامية و الحنابلة: يصح الشرط، و إذا تبين العكس كان المشترط بالخيار بين الرضى و فسخ العقد،

للحديث الشريف:
«المسلمون عند شروطهم»، و لأن مثل هذا الشرط لا يتنافى مع طبيعة العقد، و لا يخالف كتاب اللّه و سنة الرسول، أى لا يحلل حراما، و لا يحرم حلالا.

التدليس:

تكلم الإمامية فى هذا الباب عن تدليس المرأة على الرجل، و ذلك ان تخفى عنه نقصا موجودا فيها، أو تدعى كمالا ـ غير موجود. أما الصورة الأولى، و هى أن تخفى النقص، و تسكت عنه فلا يحق للرجل ان يفسخ العقد إذا لم يشترط عدم وجوده بطريق من الطرق، فقد جاء فى الحديث عن الامام الصادق: «فى الرجل يتزوج الى قوم، فإذا امرأته عوراء، و لم يبينوا له. قال لا ترد». و على هذا جميع المذاهب.
أما الصورة الثانية، و هى ان تدعى كمالا غير موجود، فإذا أخذت صفة الكمال شرطا فى العقد جاء الكلام السابق من انه لغو عند الحنفية صحيح عند غيرهم، و ان لم تأخذ شرطا فى العقد، فأما ان تذكر فيه على سبيل الوصف، و اما ان تذكر قبل العقد، ثم يبتنى العقد عليها.
فهنا حالتان:
١- ان تذكر صفة الكمال وصفا فى العقد، كما لو قال وكيل الزوجة: زوّجتك البنت البكر، أو البنت السالمة من كل عيب. و قال الإمامية: إذا ظهر انها غير متصفة بالوصف المذكور فى العقد، كان للزوج الخيار.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٣٧
٢- ان لا تذكر صفة الكمال شرطا و لا وصفا فى العقد، بل تذكر عند التداول فى حديث الزواج، كما لو قالت هى أو وكيلها: انها بكر و لا ـ عيب فيها، و ما الى ذاك، ثم وقع العقد مبنيا على ذلك بحيث يكون المفهوم من العقد انه جرى على البنت المتصفة بهذه الصفة الخاصة.
و لم أر فيما لدى من المصادر من تعرض لهذه الحالة غير الإمامية، و قد اختلف فقهاؤهم فى ثبوت الخيار للزوج، فمنهم من قال: له الخيار، و من هؤلاء السيد أبو الحسن الأصفهانى فى كتاب الوسيلة، لأن تواطؤ العاقدين و تباينهما على الوصف، ثم ابتناء العقد عليه يجعله كالشرط الضمنى فى العقد. و منهم من قال: لا أثر للتبانى ما دام لم يذكر الوصف فى العقد، و لم يدل عليه بطريق من الطرق. و إلى هذا ذهب الشهيد الثانى فى المسالك «وقوفا فيما خالف الأصل على المتيقن» أى لا نرفع اليد عن لزوم العقد الا بدليل قاطع، و هو غير موجود.
و الخلاصة ان الوصف إذا أخذ فى العقد بأحد الطرق الثلاث، أى شرطا، أو وصفا، أو إخبارا قبل العقد فللزوج أن يختار الفسخ أو الرضى بالزواج، فإن رضى به فليس له ان ينقصها شيئا من مهرها مهما كان العيب إلا إذا اشترط كونها بكرا فوجدها ثيبا، فله، و الحال هذه، ان ينقص من مهرها بنسبة التفاوت بين مهرها بكرا، و مهرها ثيبا عند الإمامية.
و إذا اختار فسخ الزواج، فان كان قبل الدخول فلا شىء لها عند الإمامية و غيرهم ممن أجازوا الفسخ، و ان كان بعد الدخول كان لها مهر المثل، و لا يرجع بشىء على الذى غره عند الشافعية.
و قال الإمامية: ينظر، فان كانت هى التى غررت بالزوج فلا تستحق شيئا من المهر، حتى مع الدخول، و ان كان الذى غرر به غيرها فلها المهر المسمى كاملا، و يرجع هو بما دفعه على من غره، لقاعدة المغرور يرجع على من غره.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٣٨

و هنا مسائل:

١- إذا تبين لأحد الزوجين بعد العقد ان فى صاحبه نقصا، و ادعى ان العقد جرى على انتفاء النقص بأحد الطرق الثلاث، و أنكر الآخر، كلف الأول بالإثبات، فإن أثبت يقرر القاضى له حق الفسخ، و مع عجزه عن الإثبات يحلف المنكر، و يرد القاضى الدعوى.

٢- إذا تزوج امرأة على انها بكر بأحد الوجوه الثلاثة المتقدمة فوجدها ثيبا فلا يحق له الفسخ إلا إذا ثبت ان الثيبوبة كانت متقدمة على العقد، و يثبت سبقها على العقد بإقرار الزوجة، أو بالبينة، أو بقرائن الأحوال المفيدة للعلم، كما لو دخل بها بعد العقد بمدة لا يحتمل تجدد الثيبوبة فيها.

و إذا اشتبه الحال، و لم نعلم بطريق من الطرق: هل كانت متقدمة على العقد أو متأخرة عنه، فلا يثبت الخيار للزوج، لأصالة عدم تقدم الثيبوبة، و لإمكان تجددها بسبب خفى، كالركوب و النزوة (المسالك للشهيد الثانى ج ٢ باب الزواج من فقه الإمامية).

٣- قال السيد أبو الحسن الأصفهانى فى كتاب الوسيلة باب الزواج من فقه الإمامية: لو تزوج رجل فتاة، و لم تكن البكارة قد ذكرت فى مقدمات الزواج، و لم يقع العقد مبنيا عليها، و لم تكن شرطا، و لا وصفا فى متن العقد، و انما تزوجها باعتقاد انها بكر، لأنها لم تتزوج أحدا غيره من قبل، و بعد العقد ثبت انها كانت ثيبا قبل العقد، فليس للزوج أن يفسخ الزواج، كما هى الحال لو أخذت البكارة بأحد الطرق الثلاث، بل له ان ينقص من مهرها شيئا، و هو نسبة التفاوت بين مهر مثلها بكرا، و مهر مثلها ثيبا، فإذا كان المهر المسمى مائة، و كان مهر مثلها بكرا ثمانين، و ثيبا ستين ينقص من المائة الربع ٢٥، و يبقى ٧٥.

و على هذا، فللبكارة عند السيد المذكور أربع حالات

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٣٩

١- أن تؤخذ شرطا فى متن العقد.

٢- ان تؤخذ وصفا فيه.

٣- ان تذكر عند حديث الزواج، و يبتنى عليها العقد.

٤- ان يتزوجها باعتقاد البكارة دون ان يسبق لها ذكر لا قبل العقد و لا فى متنه. و فى الحالات الثلاث يثبت للزوج الخيار، و فى الحالة الرابعة لا خيار له، بل ينقص من المهر شيئا على النحو المتقدم.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٤٠

المهر

اشارة

المهر حق من حقوق الزوجة بحكم الكتاب و السنة و إجماع المسلمين، و هو نوعان:

المهر المسمى:

الأول: المهر المسمى، و هو ما تراضى عليه الزوجان، و سمياه فى متن العقد، و لا حدّ لأكثره بالاتفاق، لقوله تعالى وَ إِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدالَ زَوْجٍ مَكانَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ إِحْداهُنَّ قِنْطاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً. و اختلفوا فى حد القلة.

فقال الشافعيـة و الحنابلة و الإمامية: لا حدّ لأقله، فكل ما يصح أن يكون ثمنا فى البيع يصح أن يكون مهرا فى الزواج، و لو قرشا واحدا.

و قال الحنفية: أقل المهر عشرة دراهم، فإذا وقع العقد على دون ذلك يصح العقد، و تجب العشرة.

و قال المالكية: أقله ثلاثة دراهم، فإن نقص عن هذا المبلغ ثم

دخل فعليه ان يعطيها ثلاثة، و ان لم يدخل فهو مخير بين ان يدفع الثلاثة، و بين فسخ العقد، و يعطيها نصف المسمى.

شروط المهر:

و يصح أن يكون المهر نقدا و مصاغا و عقارا و حيوانا و منفعة و عروض تجارة، و غير ذلك مما له قيمة، و يشترط ان يكون معلوما إما بالتفصيل كألف ليرة، و اما بالإجمال، كهذه القطعة من الذهب، أو هذه الصبرة من الحنطة، و إذا كان مجهولا من جميع الجهات بحيث لا يمكن تقويمه بحال صح العقد و بطل المهر عند الجميع ما عدا المالكية فإنهم قالوا:

يقع العقد فاسدا، و يفسخ قبل الدخول، و يثبت بعده بمهر المثل.

و من شروط المهر ان يكون حلالا، و متقوّما بمال فى الشريعة الإسلامية، فإذا سمى لها خمرا أو خنزيرا أو ميتة أو غير ذلك مما لا يصح ملكه، قال المالكية: يفسد العقد قبل الدخول، و إذا دخل يثبت العقد، و تستحق مهر المثل.

و قال الشافعية و الحنفية و الحنابلة و أكثر الإمامية: يصح العقد، و لها مهر المثل. و قيد بعض الإمامية استحقاقها لمهر المثل بالدخول، و بعضهم أطلق، كالمذاهب الأربعة.

و إذا سمى لها مهرا مغصوبا، كما لو تزوجتها بعقار ظهر أنه لأبيه أو لغيره، قال المالكية: إذا كان العقار معلوما لهما، و هما راشدان فسد العقد، و يفسخ قبل الدخول، و يثبت بعده بمهر المثل.

و قال الشافعية و الحنابلة: يصح العقد، و لها مهر المثل.

و قال الإمامية و الحنفية: العقد صحيح على كل حال، أما المهر فإذا أجاز المالك فلها عين المسمى، و ان لم يجز كان لها بدل المسمى من

المثل أو القيمة، لأن المسمى، و الحال هذه، يصح ملكه فى نفسه، و البطلان كان من أجل التعيين بخلاف الخمر و الخنزير فإنهما لا يملكان.

مهر المثل:

الثاني: مهر المثل، و يعتبر فى حالات:

۱- اتفقوا على ان المهر ليس ركنا من أركان العقد، كما هى الحال فى البيع، بل هو أثر من آثاره فيصح عقد الزواج بدونه، و يثبت مهر المثل بالدخول، و إذا طلقها قبل الدخول فلا تستحق مهرا، و لها المتعة، و هى هدية يقدمها الرجل للمرأة بحسب حاله، كخاتم و ثوب، و ما الى ذلك، فان تراضيا عليها فبها، و الا فرضها الحاكم، اما كون الخلوة بحكم الدخول أو لا فيأتى الكلام.

و قال الحنفية و الحنابلة: إذا مات أحدهما قبل الدخول يثبت للزوجة مهر المثل تماما كما لو دخل (مجمع الأنهر و المغنى باب

الزواج).

و قال المالكية و الإمامية: لا مهر لها إذا مات أحدهما قبل الدخول (المغنى و الوسيلة).

و للشافعية قولان: أحدهما يجب مهر، و الثانى لا يجب شىء (مقصد النبيه).

٢- إذا جرى العقد على ما لا يملك، كالخمر و الخنزير، و قد تقدم.

٣- الوطء بشبهة يوجب مهر المثل بالاتفاق، و الوطء بشبهة هو الوطء الذى ليس بمستحق فى الواقع، مع جهل فاعله بعدم الاستحقاق، كمن تزوج امرأة يجهل أنها أخته من الرضاعة ثم تبين ذلك، أو قاربها بمجرد ان وكلت وكيلا بزواجها منه، و وكل هو بزواجه منها باعتقاد

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٤٣

ان هذا التوكيل كاف لجواز المقاربة، و بتعبير ثان ان ضابط الشبهة ان تحصل المقاربة بدون زواج صحيح، و لكن مع وجود مبرر شرعى يسقط الحد، و من هنا ادخل الإمامية فى باب الشبهة وطء المجنون و النائم و السكران.

٤- قال الإمامية و الشافعية و الحنابلة: من أكره امرأة على الزنا فعليه مهر المثل، و ان طاوعته لم يجب لها شىء.

٥- إذا تزوجها بشرط عدم المهر صح العقد، باتفاق الجميع ما عدا المالكية فإنهم قالوا: يفسد العقد قبل الدخول، و يثبت بعده بمهر المثل، و قال كثير من الإمامية: يعطيها شيئا قلّ أو كثر، و فيه روايات عن أهل البيت.

و قال الإمامية و الحنفية: إذا جرى عقد فاسد، و سمى فيه مهر معين و حصل الوطء، فان كان المسمى دون مهر المثل فلها المسمى، لأنها قد رضيت به، و ان كان أكثر من مهر المثل فلها مهر المثل، لأنها لا تستحق أكثر منه.

و يقاس مهر المثل عند الحنفية بمثيلاتها من قبيلة أبيها لا من قبيلة أمها، و عند المالكية يقاس بصفاتها خلقا و خلقا، و عند الشافعية بنساء العصبات، أى زوجة الأخ و العم، ثم الأخت الشقيقة إلخ. و عند الحنابلة الحاكم يفرض مهر المثل بالقياس الى نساء قرابتها كأم و خالة.

و قال الإمامية: ليس لمهر المثل تحديد فى الشرع، فيحكّم فيه أهل العرف الذين يعلمون حال المرأة نسبا و حسبا، و يعرفون أيضا ما له دخل و تأثير فى زيادة المهر و نقصانه على شريطة ان لا يتجاوز مهر السنة، و هو ما يعادل ٥٠٠ درهم.

تعجيل المهر و تأجيله:

اتفقوا على ان المهر يجوز تعجيله و تأجيله كلا و بعضا على شريطة أن يكون معلوما بالتفصيل، كما لو قال: تزوجتك بمئة، منها خمسون

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٤٤

معجلة، و مثلها مؤجلة إلى سنة، أو معلوما بالإجمال، كما لو قال:

مؤجلة الى أحد الأجلين الموت أو الطلاق- يأتى ان الشافعية منعوا من هذا التأجيل- أما إذا كان مجهولا جهالة فاحشة، كقوله: الى ان يأتى المسافر فيبطل الأجل «١».

و قال الإمامية و الحنابلة: إذا ذكر المهر، و أهمل التعجيل و التأجيل كان المهر حالا بكامله.

و قال الحنفية: بل يؤخذ بعرف أهل البلد، فيعجل من المهر بقدر ما يعجلون، و يؤجل بقدر ما يؤجلون.

و قال الحنفية: إذا أجل، و لم يذكر الأجل، كما لو قال: نصفه معجل، و نصفه مؤجل يبطل الأجل، و يكون المهر حالا.

و قال الحنابلة: بل يحمل الأجل على الموت أو الطلاق.

و قال المالكية: يفسد عقد الزواج، و يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بمهر المثل.

و قال الشافعية: إذا لم يكن الأجل معلوما بالتفصيل، و كان معلوما بالإجمال مثل أحد الأجلين تفسد التسمية، و يجب مهر المثل (الفقه على المذاهب الأربعة ج ۴).

(فرع) قال الحنفية و الحنابلة: إذا اشترط أبو المرأة شيئا لنفسه من مهر ابنته فالمهر صحيح، و الشرط لازم يجب الوفاء به.

و قال الشافعية: يفسد المسمى، و يثبت مهر المثل.

---

(۱) ذكرت فى كتاب الفصول الشرعية ان التأجيل لأقرب الأجلين الموت أو الطلاق غير صحيح فرارا من الجهالة، ثم تبيين لى انه صحيح، لأن المهر يحتمل من الجهالة ما لا يحتمله الثمن فى البيع، فليس هو عوضا حقيقة، و لذا يكتفى فيه بالمشاهدة و القبضة، و تعليم ما يحسن من القرآن، هذا بالإضافة إلى ان أحد الأجلين معلوم فى الواقع، و إن لم يكن معلوما عند العاقدين فأحد الأمرين من الطلاق أو الموت واقع لا محالة، ثم ان الزواج يصلح بلا ذكر المهر، و بالتفويض إلى من يعينه.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۳۴۵

و قال المالكية: إذا كان الشرط عند الزواج فالكل للزوجة حتى الذى اشترطه الأب لنفسه، و ان كان بعد الزواج فهو لأبى الزوجة (المغنى و بداية المجتهد).

و قال الإمامية لو سمى لها مهرا، و لأبيها شيئا معينا كان لها المهر المسمى، و سقط ما عينه للأب.

امتناع الزوجة حتى تقبض المهر:

اتفقوا على ان للزوجة أن تطالب الزوج بكامل مهرها المعجل بمجرد إنشاء العقد، و ان لها ان تمتنع منه حتى تقبضه، فان مكنته من نفسها طوعا قبل ان تقبض فليس لها ان تمتنع منه بعد ذلك باتفاق الجميع ما عدا أبا حنيفة فإنه قال: لها ان تمتنع بعد التسليم، و خالفه صاحباه محمد و أبو يوسف.

و تستحق النفقة على الزوج إذا امتنعت قبل أن تقبض المهر و تمكنه من نفسها، لأن امتناعها يكون، و الحال هذا، لمبرر شرعى، أما إذا امتنعت بعد قبض المهر أو بعد التمكين فتسقط نفقتها إلا عند أبى حنيفة.

و إذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للفراش، و الزوج كبير فلوليّ الزوجة ان يطالب بالمهر، و لا يجب الانتظار الى بلوغ الزوجة، و كذلك إذا كانت الزوجة كبيرة، و الزوج صغيرا فان لها أن تطالب ولى الزوج، و لا يجب عليها الانتظار الى أن يبلغ.

و قال الإمامية و الشافعية: إذا تشاحّ الزوج و الزوجة فقالت هى:

لا- أطيع حتى أقبض المهر. و قال هو لا- أسلم حتى تطيع. أجبر الزوج الى تسليم المهر إلى أمين، و ألزمت هى بالطاعة، فان أطاعت سلم إليها المهر، و استحقت النفقة، و ان امتنعت فلا تسلم المهر، و تسقط نفقتها،

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۳۴۶

و ان امتنع هو عن تسليم المهر حكم عليه بالنفقة إن طلبتها.

و قال الحنفية و المالكية: ان تسليم المهر مقدم على تسليم المرأة، فليس للرجل ان يقول: لا أسلم المهر حتى استلم الزوجة، و إذا أصر على ذلك يحكم عليه بالنفقة، و إذا قبضت المهر و امتنعت فلا يحق للزوج أن يسترجعه.

و قال الحنابلة: يجبر الزوج على تسليم المهر أولاً كما قال الحنفية، و لكن إذا أبت الزوجة ان تسلم نفسها بعد قبض المهر فللزوج ان يسترجعه منها. (مقصد النبيه و مجمع الأنهر و الفقه على المذاهب الأربعة).

عجز الزوج عن المهر:

قال الإمامية و الحنفية: إذا عجز الزوج عن دفع المهر فليس للزوجة أن تفسخ الزواج، و لا للقاضى أن يطلقها، و انما لها حق الامتناع عنه.

و قال المالكية: إذا ثبت عجزه، و كان الزوج لم يدخل بعد أجله القاضى أمدا يوكل تقديره الى نظره و اجتهاده، فإذا استمر العجز طلق القاضى، أو تطلق هى نفسها، و يحكم القاضى بصحة طلاقها، أما إذا دخل الزوج فلا يحق لها الفسخ بحال.

و قال الشافعية إذا ثبت إعساره، و لم يدخل فان لها الفسخ، و إذا دخل فليس لها ان تفسخ.

و قال الحنابلة: تفسخ، و لو بعد الدخول إذا لم تكن عالمة بعسره قبل الزواج، و إذا كانت عالمة بالعسر من قبل فلا فسخ، و فى حال جواز الفسخ لا يفسخ إلا الحاكم.

الأب و مهر زوجة الابن:

قال الشافعية و المالكية و الحنابلة: إذا عقد الأب زواج ابنه الفقير

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٤٧

يكون هو المطالب بالمهر حتى و لو كان الابن الفقير كبيرا، و تولى أبوه زواجه بالوكالة عنه. و إذا مات الأب قبل ان يؤدى المهر الذى وجب عليه فيؤخذ من أصل تركته.

و قال الحنفية: لا يجب المهر على الأب، سواء أ كان الابن غنيا أم فقيرا، كبيرا أم صغيرا، (الأحوال الشخصية- أبو زهرة).

و قال الإمامية: إذ كان للولد الصغير مال، و زوّجه أبوه فالمهر فى مال الطفل، و ليس على الأب شىء، و إذا لم يكن للصغير مال حين العقد فالمهر على الأب و ليس على الزوج شيء و ان أصبح غنيا بعد ذلك.

و لا يلزم الأب بمهر زوجة ولده الكبير إلا إذا ضمنه بعد اجراء العقد.

الدخول و المهر:

إذا دخل رجل بامرأة فلا يخلو دخوله بها عن أحد أسباب ثلاثة:

١- ان يكون عن زنا بحيث تعلم هى بالتحريم، و مع ذلك تقدم، و هذه لا تستحق شيئا بل عليها الحد.

٢- ان يكون عن شبهة من جهتها، كأن تعتقد الحل، ثم يتبين التحريم، و هذه يدرأ عنها الحد، و لها مهر المثل، سواء أجهل هو بالتحريم، أم علم به.

٣- ان يكون الدخول عن زواج شرعى، و هذه لها المهر المسمى، ان كان هناك تسمية صحيحة للمهر، و لها مهر المثل ان لم يذكر المهر أصلا فى العقد، أو ذكر مهرا فاسدا، كالخمر و الخنزير.

و إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول فلها تمام المهر المسمى عند الأربعة، و اختلف فقهاء الإمامية، فمنهم من أوجب لها تمام المهر، كالمذاهب الأربعة و منهم من قال: لها نصف المسمى كالمطلقة، و من

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۴۸

هؤلاء السيد أبو الحسن الأصفهانى فى كتاب الوسيلة و الشيخ أحمد كاشف الغطاء فى سفينة النجاة.

جناية الزوجة على الزوج:

قال الشافعية و المالكية و الحنابلة: ان الزوجة إذا قتلت زوجها قبل الدخول سقط مهرها كله.

و قال الحنفية و الإمامية: لا يسقط حقها فى المهر، و ان كان يسقط فى الإرث.

الخلوة:

قال الشافعية و أكثر الإمامية: لا تأثير الخلوة الزوج بزوجته بالنسبة إلى المهر، و لا الى غيره، و المعول على الدخول الحقيقى.

و قال الحنفية و الحنابلة: أن الخلوة الصحيحة تؤكد المهر، و تثبت النسب، و توجب العدة فى الطلاق، و لو لم يحصل فى الاجتماع دخول حقيقى. و زاد الحنابلة على الحنفية حيث ذهبوا ان النظر بشهوة اللمس أو التقبيل بدون خلوة يؤكد المهر، كالدخول. و معنى الخلوة الصحيحة ان يجتمع الزوجان فى مكان يأمنان فيه اطلاع الغير، و لم يكن أى مانع فى أحدهما من المقاربة.

و قال المالكية: إذا خلا الزوج بها، و طالت مدة الخلوة، استقر عليه المهر، و ان لم يدخل، و حدد بعضهم طول المدة بسنة كاملة. (الأحوال الشخصية أبو زهرة و رحمة الأمة للدمشقى).

نصف المهر:

اتفقوا على ان العقد إذا جرى مع ذكر المهر، ثم طلق الزوج قبل

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۴۹

الدخول و الخلوة- عند من اعتبرها- سقط نصف المهر، و إذا جرى العقد بدون ذكر المهر فلا شيء لها إلا المتعة، كما تقدم. الآية ۲۳۶ من سورة البقرة لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَ مَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ، وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ. فإذا لم يكن الزوج قد دفع شيئا لمن سمى لها مهرا، و طلقها قبل الدخول فعليه أن يدفع لها نصف المهر، و ان كان دفعه كاملا استعاد نصفه ان كان باقيا، و نصف بدله من المثل أو القيمة ان تلف.

و لو تركا ذكر المهر فى العقد، ثم تراضيا عليه، و بعد التراضى طلقها قبل ان يدخل فهل تأخذ نصف ما تراضيا عليه، كما لو كان المهر مذكورا فى العقد، أو لا شيء لها سوى المتعة كما لو لم يتراضيا أصلا؟

قال الشافعية و الإمامية «۱» و المالكية: لها نصف المهر المفروض بعد العقد.

و فى كتاب المغنى للحنابلة ج ۶ باب الزواج «لها نصف ما فرض بعد العقد و لا متعة.».

هذا تمام الكلام فى استحقاق المهر كله، و استحقاق النصف فقط، أما سقوط المهر بكامله فيعرف مما قدمناه فى باب العيوب و مهر المثل.

(١) قال صاحب الجواهر فى المسألة الثالثة من مسائل التفويض: متى حصل التراضى على شىء يكون هذا الشىء مهرا يدخل فعلا فى ملك الزوجة عينا كان أو دينا، حالا أو مؤجلا، و يجرى عليه حينئذ ما يجرى على المذكور فى العقد.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٥٠

لو افتض الزوج بكارة الزوجة بغير المعتاد

إذا افتض الزوج بكارة زوجته بإصبعه أو بآلة فهل يكون ذلك بحكم الدخول بالقياس إلى استقرار المهر أم لا؟
و ليس من شك انه إذا دخل بعد هذه العملية ترتبت جميع الآثار الشرعية من استقرار المهر و العدة و النسب، و ما الى ذاك، و انما الكلام و التساؤل فيما لو طلق بعد هذا الافتضاض، و قبل ان يدخل، فهل يثبت لها نصف المهر المسمى فقط، لأنه لم يدخل حقيقة، أو تمامه، لزوال البكارة بسببه.
و قد سألت آية اللّه السيد «أبو القاسم الخوئى» عن ذلك فأجاب:
«على الزوج المهر بتمامه بسبب الافتضاض، لرواية على بن رئاب، فقد جاء فيها قوله: فإن كن كما دخلن عليه فإن لها نصف الصداق الذى فرض لها». و ظاهر هذه القضية الشرطية أن الطلاق انما يكون سببا لانتصاف المهر إذا كانت الزوجة حال الطلاق كما هى حال اجتماع
الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٥١
الزوج بها، فتدل القضية بإطلاق مفهومها على أن الزوجة إذا لم تكن كما كانت فعلى الزوج المهر كاملا، و لا ينتصف بالطلاق، سواء كان تغيرها و زوال بكارتها بسبب الجماع أو بسبب آخر «١».

---

(١) جاء فى رواية يونس بن يعقوب «لا يوجب الصداق إلا الوقاع فى الفرج» و هذه الرواية بيان لرواية ابن رئاب، و عليه فيختص قول الإمام «فإن كن كما دخلن» بالوقاع و الدخول المعروف، و لا يشمل الافتضاض بالبكارة، و يسقط الاستدلال برواية ابن رئاب. و مهما يكن فان فتوى السيد الخوئى تتفق مع ما جاء فى «منهاج الصالحين» للسيد الحكيم حيث قال:
«إذا أزال بكارتها بإصبعه من دون رضاها استقر المهر»، و مع فتوى الشيخ أحمد كاشف الغطاء فى سفينة النجاة. باب الحدود.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٥٢

اختلاف الزوجين

اختلاف الزوجين تارة يكون فى أصل الدخول، و أخرى فى تسمية المهر، و ثالثا فى مقداره، و رابعا فى قبضه، و خامسا فى ان الذى قبضته هدية أو مهر، فهنا مسائل:
١- إذا اختلف الزوجان فى الدخول فللحنفية قولان أرجحهما ان المرأة إذا ادعت الوطء أو الخلوة، و أنكر الزوج كان القول قولها، لأنها تنكر سقوط نصف صداقها (الفقه على المذاهب الأربعة).
و قال المالكية: «ان زارته فى بيته، و ادعت الوطء، و أنكر صدقت بعد أن تحلف اليمين، و ان زارها هو فى بيتها، و ادعت الوطء و أنكر عمل بقوله مع يمينه، و كذلك إذا زارا أجنبيا فى بيته، و ادعت الوطء و أنكر كان القول قوله».
و قال الشافعية: إذا اختلفا فى الوطء فالقول قول الزوج (مقصد النبيه).

و قال الإمامية: إذا اختلف الزوجان فى الدخول، فقالت هى:
لم يدخل، لتثبت ان لها حق الامتناع عنه حتى تقبض معجل المهر.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۵۳
و قال هو: دخلت، ليثبت ان امتناعها بغير مبرر شرعى، أو قال هو: لم أدخل، كى يسقط عنه نصف المهر بالطلاق، و قالت هى: دخل، لتثبت المهر كاملا و نفقة العدة فالمعول على قول منكر الدخول، سواء أ كان الزوج أم الزوجة. و لا أثر للخلوة كما تقدم.
و لسائل أن يسأل: كيف قال الإمامية هنا يؤخذ بقول من ينكر الدخول، مع أنهم أخذوا بقول العنين لو ادعى الدخول كما أسلفنا؟
و الجواب ان النزاع هنا وقع فى أصل الدخول، و هو شىء حادث، و الأصل يقتضى عدمه، و على من يدعى حدوثه البينة، أما النزاع فى مسألة العنة فهو نزاع فى وجود العيب الموجب لفسخ الزواج، فقول الزوجة «لم يدخل» يرجع الى دعواها وجود العيب، فتكون مدعية، و قوله هو دخلت يرجع الى نفى العيب فيكون منكرا.
۲- إذا اختلفا فى أصل التسمية، فقال أحدهما: اقترن العقد بذكر المهر الصحيح، و قال الآخر: بل وقع مجردا عن التسمية. قال الإمامية و الحنفية: البينة على مدعى التسمية، و اليمين على من أنكرها، و لكن إذا كانت الزوجة هى التى ادعت التسمية، و الزوج هو المنكر، و حلف على عدم التسمية بعد عجزها عن الإثبات تعطى مهر المثل بعد الدخول على شريطة أن لا يزيد مهر المثل عما تدعيه، فلو قالت: جرى العقد بعشرة و أنكر هو، و كان مهر المثل عشرين تعطى عشرة فقط، عملا باعترافها بأنها لا تستحق أكثر من ذلك.
و قال الشافعية: هما متداعيان، أى أن كلا منهما مدع و منكر، فإن أقام أحدهما البينة، و عجز عنها الآخر حكم لصاحب البينة، و ان أقاماها معا، أو عجز عنها معا تحالفا و ثبت مهر المثل.
۳- إذا اتفقا على أصل التسمية، و اختلفا فى قدر المسمى فقالت
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۵۴
هى: عشرة. و قال هو: خمسة. قال الحنفية و الحنابلة: القول قول من يدعى مهر المثل منهما، فإن ادعت المرأة مهر المثل أو أقل فالقول قولها، و ان ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله (المغنى و ابن عابدين).
و قال الشافعية: هما متداعيان، فإن لم يكن لأحدهما بينة تحالفا، و ثبت مهر المثل.
و قال الإمامية و المالكية: الزوجة مدعية عليها البينة، و الزوج منكر عليه اليمين.
۴- إذا اختلفا فى قبض المهر، فقالت هى: لم أقبض. و قال هو: بل قبضت. قال الإمامية و الشافعية و الحنابلة: القول قول الزوجة، فهى المنكرة، و هو المدعى عليه الإثبات.
و قال الحنفية و المالكية: القول قول الزوجة إذا كان الاختلاف قبل الدخول، و قول الزوج إذا كان بعد الدخول.
۵- إذا اتفقا على أن الزوجة أخذت شيئا من الزوج، ثم اختلفا، فقالت هى: أنه هدية. و قال هو: انه مهر. قال الإمامية و الحنفية: القول قول الزوج، لأنه أدرى بنيته، فعليه اليمين، و عليها البينة على انه هدية (الجواهر و ابن عابدين).
هذا إذا لم تكن هناك قرائن حالية من عادة العرف، أو أوضاع الزوج الخاصة تدل على انه هدية، كما لو كان من نوع المأكول، أو بذلة ثياب، أو ما يسميه اللبنانيون فى زماننا بالعلامة، و المصريون بالشبكة، و هو خاتم و ما أشبه مما يهديه الخاطب للمخطوبة، كى لا تقبل خاطبا سواه، فإن كان شىء من ذلك يكون القول قول الزوجة لا قول الزوج.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۵۵

و إذا عـدلت هى عن الزواج بعـد ان اسـتلمت علامـة الخطبـة، و قبـل اجراء العقـد فعليهـا إرجاعهـا، لو طالب بها، و إذا عـدل هو فالعرف لا يرى له الحق فى الاسترجاع، و لكن القواعـد الشـرعية لا تفرق بين عـدوله و عدولها، و تلزمها بإرجاع الهدية ما دامت عينها باقية، و لم تتصرف فيها ببيع أو هبة، أو تغير هيئتها إلى هيئة أخرى.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۳۵۶

الجهاز

اتفق الإمامية و الحنفية على أن المهر ملك خاص للزوجة، و حق من حقوقها، تفعل به ما تشاء من هبة، أو شـراء جهاز، و تحتفظ به لنفسـها، و لا يحق لأحـد معارضـتها فيه، و كل ما تحتاج اليه من كسوة و فراش و أدوات ضـرورية لإعداد البيت و تجهيزه فهو على الزوج وحده، و ليست هى ملزمة بشىء منه، لأن النفقة بجميع أنواعها تطلب من الزوج خاصة.

و قـال المالكيـة: على الزوجـة أن تشترى ممـا تقبضه من مهرهـا كل ما جرت به عادة أمثالها من الجهاز، و إذا لم تقبض شـيئا من المهر فلا يجب عليها الجهاز إلا فى حالتين: الأولى إذا كان عرف بلدها يوجب على المرأة الجهاز، و ان لم تقبض شيئا. الثانية ان يشترط الزوج عليها أن تجهز البيت من مالها الخاص.

إذا اختلف الزوجان فى شىء من أدوات البيت ينظر: هل يصلح للرجال فقط، أو للنساء فقط، أو لهما معا. فالحالات ثلاث:

۱- ان يصلح للرجال فقط، كثياب بدنه، و كتبه، و أدوات الهندسة و الطب، ان كان مهندسا أو طبيبا، و هذا النوع يؤخذ بقول

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۳۵۷

الزوج مع يمينه الا ان تقوم البينة على انه للزوجة. هذا رأى الإمامية و الحنفية.

۲- ان يصـلح للنسـاء فقط، كثياب بـدنها، و حليها، و مكنـة الخياطـة، و أدوات زينتها، و يؤخـذ بقولها مع يمينها الا ان تقوم البينة على انه للزوج. الإمامية و الحنفية.

۳- ان يصـلح لهما معا، كالسجاجيد و الأسرّة، و ما إليها، و هذا يعطى لصاحب البينة منهما، فان لم يكن لأحدهما بينة يحلف كل منهما على ان المتاع له خاصـة؟ و بعـد التحالف يقسم بينهما مناصـفة، و ان حلف أحـدهما و امتنع الآخر عن اليمين اعطى المتاع للحالف. هذا هو رأى الإمامية.

أما أبو حنيفة و صاحبه محمد فقد ذهبا الى ان القول قول الزوج فى كل ما يصلح لهما.

و قال الشافعية: إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فهو بينهما، سواء فى ذلك ما يصلح لهما و غيره (ملحقات العروة للسيد كاظم، باب القضاء و الأحوال الشخصية، أبو زهرة).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۳۵۸

النسب

اشارة

للإنسـان أن يتكلم ما يشاء، و ليس لأحـد من الناس أن يحجر عليه القول، ما دام كلامه لا يتنافى مع القانون و الأخلاق و لكنه لا يجب على أحـد أيضا أن ينظر الى كلامه بعين الاهتمام و العنايـة، سواء أ كان المتكلم عظيما أم حقيرا، قديسا أم غير قديس، إذا خرج كلامه عن دائرة اختصاصه، فلو أبدى ضـليع فى علم القانون رأيه فى مسألة طبية أو زراعية لا يجوز للمدعى أن يحتج به، و

لا للقاضى أن يدعم به حكمه.
و كذلك الأنبياء و الرسل و أئمة الدين و الفقه لا يجب على أحد أن يذعن و يؤمن بقولهم، إذا تكلموا فى الأمور الطبيعية كخلق السماوات و الأرض، و ما بينهما من البعد و المسافة، و مبدأهما و منتهاهما، و عناصرهما و قواهما، فإن القديسين قد يخبرون عن الشىء بصفتهم الدينية، و قد يخبرون عنه بصفتهم الشخصية، ككل انسان يقول ما يسمع، و يظن، فما كان من النوع الأول يجب أن نسمع لهم و نطيع، ما دام حكمهم لا يتجاوز دائرة اختصاصهم، و ما كان من النوع الثانى لا يجب التدين به، لأنه ليس إخبارا عن الدين و شؤونه.

فالمشترع دينيا كان أو غير دينى تنحصر وظيفته فى بيان الأحكام

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٥٩

و القوانين، فى الحث على الفعل أو الزجر عنه، أو بيان الأسباب و الموجبات، و ان هذا العقد يجب العمل بمقتضاه و الوفاء به، و ذاك لا يجب، و ما إلى ذلك مما يحفظ النظام، و يحقق الصالح العام.

أما الأشياء الطبيعية، كأقل مدة الحمل و أقصاها، فليس للشارع إثباتها و لا نفيها و لا تعديلها، لأن سنن الطبيعة و أسبابها لا تختلف و لا تتغير بتغير الأوضاع و الأزمان، على العكس من الأمور التشريعية فان وجودها و نفيها و تعديلها يرتبط بإرادة المشرع و مشيئته.

أجل، لرجل التشريع أن يأخذ من الأعيان الطبيعية الخارجية موضوعا لأحكامه- مثلا- له ان يقول: للحمل نصيب فى ميراث من تولد من مائه، و انه يزاد فى راتب الموظف إذا ولد له، و انه إذا زاد إنتاج الحنطة عن مؤنة المزارعين يحجز الزائد لحساب الميرة، و هكذا.

اما بيان هذه المواضيع التى أنيطت بها الأحكام و القوانين، فمن وظيفة أهل الخبرة و المعرفة، و إذا جاء بيانها و تحديدها على لسان أئمة الفقه يكون بيانهم إمضاء لتقرير الخبراء ليس غير، كما يستعين القاضى بهم عند الاقتضاء، و إذا انكشف الواقع و تبين خطأ التحديد فلا يجب العمل بقول الفقهاء، لأننا نعلم علم اليقين انهم يتكلمون عن شىء موجود قبل التشريع، و ان مرادهم من التحديد هو الكشف و الحكاية عن ذلك الموجود، و قد تبين العكس، فيكون العمل بقولهم- و الحالة هذه- مخالفا لما يريدون و يقصدون، و الفقهاء أنفسهم يسمون هذا النوع من الخطأ «اشتباه فى التطبيق» كقول القائل: أعطنى هذا القدح مشيرا الى حجر يشبه القدح.

و بعد هذا التمهيد ندخل فى صلب الموضوع: لما كان الولد موضوعا لكثير من الأحكام الشرعية، كاستحقاق الإرث من أبيه، و تحريم الزواج من الأخت و ثبوت الولاية للأب عليه و على ماله الى ان يبلغ، و وجوب النفقة، و ما الى ذلك من الحقوق الشرعية و الأخلاقية- لما كان الأمر كذلك

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٦٠

تعرض الفقهاء لتحديد أقل مدة الحمل و أكثرها. و بديهة ان هذا البحث من اختصاص الأطباء لا الفقهاء، و عليه لا يجب العمل بقولهم إذا خالف العيان و الواقع، لأن منطق الواقع أقوى من منطقهم، و حجته أقوى من حجتهم فى هذه المواضيع، و قد اندحرت أمامه أقوال الفلاسفة و علماء الطبيعة، فبالأحرى أن تندحر أمامه أقوال من تكلموا عن الأشياء التى لا- تمت الى اختصاصهم بصلة قريبة و لا بعيدة، و نحن ننقل أقوال المذاهب الإسلامية فى مدة الحمل قلة و كثرة على هذا الأساس، أساس عدم وجوب التدين بشىء من ظاهر أقوالهم إذا خالفت الواقع و الحقيقة.

أقل مدة الحمل:

اتفقت كلمة المذاهب الإسلامية من السنة و الشيعة على ان أقل مدة الحمل ستة أشهر، لأن الآية ١٥ من سورة الأحقاف نصت على أن حمل الولد و رضاعه ثلاثون شهرا وَ حَمْلُهُ وَ فِصٰالُهُ ثَلاٰثُونَ شَهْراً و الفصال هو الرضاع، ثم نصبت الآية ١٤ من سورة لقمان على أن الرضاع يكون فى عامين كاملين وَ فِصٰالُهُ فِي عٰامَيْنِ و متى أسقطنا العامين من الثلاثين شهرا يبقى ستة أشهر، و هى أقل مدة الحمل، و الطب الحديث أيد ذلك، و به أخذ المشرّع الفرنسى.

و ينتج عن ذلك أحكام:

١- إذا تزوج رجل و امرأة، ثم وضعت ولدا حيا كامل الصورة قبل مضى ستة أشهر، فلا يلحق الولد بالزوج، و قال الشيخ المفيد و الشيخ الطوسى من الإمامية و الشيخ محى الدين عبد الحميد من الحنفية يكون أمر الولد فى هذا الحال بيد الزوج ان شاء نفاه، و ان شاء أقر به و ألحقه بنفسه، و متى أقر به- و الحالة هذه- يكون ولدا شرعيا

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ٣٦١

للزوج، له ما للأولاد الشرعيين، و عليه ما عليهم «١».

و إذا اختلف الزوجان فى زمن المقاربة، فقالت هى:

قاربتنى منذ ستة أشهر أو أكثر، فالولد لك، فقال هو: بل قاربتك لأقل من ستة أشهر، فالولد لغيرى، قال أبو حنيفة: تصدق هى، و يعمل بقولها بلا يمين «٢».

و قال الإمامية: ان كان هناك وقائع و قرائن تدل على قولها أو على قوله عمل بحسبها، و ان فقدت الأدلة، و اشتبهت الحال أخذ القاضى يقولها بعد ان يحلفها اليمين على انه قاربها منذ ستة أشهر، و لحق الولد بالزوج «٣».

٢- إذا طلق الرجل زوجته بعد ان قاربها، فاعتدت، ثم تزوجت و أتت بولد لدون ستة أشهر على زواجها من الثانى و لكن مضى على مقاربة الزوج لها ستة أشهر فأكثر، على ان لا تزيد مدة المقاربة عن أقصى زمن الحمل- إذا كان الأمر كذلك، لحق الولد بالأول، و إذا مضى على زواجها من الثانى ستة أشهر لحق الثانى.

٣- إذا طلقها و تزوجت، ثم ولدت لدون ستة أشهر من مقاربة الثانى و لأكثر من أقصى زمن الحمل من مقاربة الأول نفى عنهما معا- مثلا- لو مضى على طلاق امرأة ثمانية أشهر و بعدها تزوجت بآخر فمكثت عنده خمسة أشهر، و ولدت ولدا، و افترضنا ان أقصى مدة الحمل سنة، لا يمكن إلحاق الولد بالأول، لأنه مضى على المقاربة أكثر من سنة، و لا إلحاقه بالثانى، لأنه لم تمض ستة أشهر.

هذه الفروع صحيحة بكاملها إذا حاكمناها على ضوء الواقع.

---

(١) كتاب الجواهر للشيعة باب الزواج أحكام الأولاد- و كتاب الأحوال الشخصية لمحمد محيى الدين ص ٤٧٦.

(٢) الدرر شرح الغرر ج ١ ص ٣٠٧.

(٣) الوسيلة الكبرى للسيد أبو الحسن باب الزواج فصل الأولاد.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ٣٦٢

أقصى مدة الحمل عند السنّة:

قال أبو حنيفة: أقصى مدة الحمل سنتان، لقول عائشة، ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين.

و قال مالك و الشافعى و ابن حنبل: اربع سنين، مستندين فى ذلك إلى ان امرأة عجلان كان الحمل يمكث فى بطنها اربع سنين، و من الغريب ان امرأة ابنه محمد مكث الحمل فى بطنها اربع سنين، بل نساء بنى عجلان جميعهن يحملن اربع سنين «١» و للّه فى خلقه شؤون.

و هذا الاستدلال ان دل على شىء فإنما يدل على قداسة هؤلاء الفقهاء، و طيب نياتهم، و كثيرا ما يغلب منطق القداسة منطق الواقع.

و قال عباد بن عوام: أقصى مدة الحمل خمس سنين. و قال الزهرى:

سبع سنين، و قال أبو عبيد: ليس لأقصى الحمل حد «٢».

و يترتب على هذه الأقوال المتناقضة المتضاربة انه لو طلقها أو مات عنها الزوج، و لم تتزوج بعده، و أتت بولد لحقه بعد سنتين عند أبى حنيفة، و بعد أربع عند الشافعى و المالكى و الحنبلى، و بعد خمس عند ابن عوام، و بعد سبع عند الزهرى، و بعد عشرين عاما عند أبى عبيد.

و قد كفانا التشريع المصرى محاكمة هذه الأقوال فقد كان العمل بمحاكم مصر الشرعية على مذهب أبى حنيفة الى ان صدر القانون رقم ٢۴ سنة ١٩٢٩، فنصت المادة ١۵ منه على ان أكثر مدة الحمل سنة فقط «٣».

مغنيه، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، ٢ جلد، دار التيار الجديد - دار الجواد، بيروت - لبنان، دهم، ١۴٢١ ه ق

الفقه على المذاهب الخمسة؛ ج٢، ص: ٣۶٢

---

(١) المغنى لابن قدامه طبعة ثالثة ج ٧ ص ۴٧٧، و فى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج ۴ ص ۵٢٣ الطبعة الاولى ان أقصى مدة الحمل عند المالكية خمس سنين.

(٢) المغنى لابن قدامة طبعة ثالثة ج ٧ ص ۴٧٧.

(٣) الأحوال الشخصية لمحمد محيى الدين ص ۴٧۴.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣۶٣

أقصى مدة الحمل عند الشيعة:

اختلف علماء الإمامية فى أقصى مدة الحمل، فقال أكثرهم: أنها تسعة أشهر، و قال بعضهم: عشرة أشهر، و بعض آخر: سنة كاملة، و أجمعوا بكاملهم على انها لا تزيد ساعة واحدة عن السنة، فإذا طلقها الزوج، أو مات عنها، ثم ولدت بعد سنة و لو ساعة لم يلحقه الولد، لقول الصادق «إذا طلق الرجل زوجته، و قالت: انا حبلى، و جاءت به لأكثر من سنة و لو ساعة واحدة لم تصدق فى دعواها» «١».

ولد الشبهة:

الشبهة: ان يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم، و هى على قسمين: شبهة عقد، و شبهة فعل:

١- شبهة العقد ان يجرى رجل عقد زواجه على امرأة، كسائر الأزواج الشرعيين، ثم يتبين فساد العقد، لسبب من الأسباب الموجبة للفساد.

٢- شبهة الفعل يقارب رجل امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح، و لا فاسد، بل يقاربها غير منتبه إلى شىء أبدا، أو اعتقد انها تحل له، ثم تبين العكس.

و يدخل فى هذه مقاربة المجنون و السكران و النائم، و من قارب امرأة على انها زوجته، ثم ظهر أنها أجنبية عنه.

و توسع أبو حنيفة فى معنى الشبهة إلى أبعد الحدود حيث قال: «إذا استأجر رجل امرأة لعمل شىء، فزنى بها، أو استأجرها ليزنى بها، و فعل ذلك فلا حد عليهما لأن ملك منفعتها شبهة» «٢».

---

(١) كتاب الجواهر و كتاب المسالك و الحدائق و سائر كتب الشيعة.

(٢) المغنى لابن قدامة طبعة ثالثة ج ٨ ص ٢١١.

و على هذا لو كانت عاملة فى محل تجارى أو مصنع، و قاربها صاحب المحل معتقدا أن المقاربة من جملة منافعها التى تدخل فى ملكه لا يكون ذلك زنا، بل شبهة يعذر لأجلها عند أبى حنيفة.

و يترتب على ما تقدم ان من تولد بسبب الشبهة، فهو ولد شرعى كمن تولد من الزواج الصحيح من دون تفاوت، سواء أ كانت الشبهة شبهة عقد أم شبهة فعل، فمن قارب امرأة و هو سكران أو نائم أو مجنون أو مكره، أو قبل ان يدرك سن البلوغ، أو ظن انها زوجته، ثم تبين العكس، و ولدت ولدا لحق به شرعا.

و قال الإمامية: يثبت النسب الشرعى بكل ما تتحقق به الشبهة، و لو نفى المشتبه الولد لا ينتفى عنه بحال، بل يلزم به قهرا عنه «١».

و فى كتاب الأحوال الشخصية لمحمد محى الدين ص ۴٨٠ ان النسب لا- يثبت بأى نوع من أنواع الشبهة إلا إذا ادعى المشتبه الولد، و أقر به، لأنه أعلم بنفسه. و يلاحظ على هذا القول انه لا يصح بالقياس إلى المجنون و النائم و السكران، لأنهم لا يعملون بأنفسهم و لا يتم أيضا فى شبهة العقد، لأنه لا فرق بيّن العقد الصحيح و العقد الفاسد بشىء إلا فى وجوب التفريق بين الرجل و المرأة إذا تبين العكس، هذا و قد اتفق السنة و الشيعة على انه متى تحققت الشبهة بأحد معانيها تجب على المرأة العدة كالمطلقة، كما يجب لها المهر كاملا، فهى فى حكم الزوجة عدة و مهرا و ثبوت نسب «٢».

ثم ان الشبهة قد تكون من الرجل و المرأة بأن يكون كل منهما غير عالم، و لا ملتفت، و قد تكون الشبهة من طرف واحد، كما لو كانت المرأة عالمة ان لها زوجا شرعيا، و أخفته عن الرجل، أو كان هو منتبها،

---

(١) الجواهر و الحدائق و سائر كتب الشيعة.

(٢) كتاب المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ۴٨٣- و ج ۶ ص ۵٣۴ و كتاب الجواهر و المسالك للشيعة.

و هى مجنونة أو سكرانة فإذا كانت الشبهة من الطرفين لحق الولد بهما معا، و إذا كانت من طرف واحد لحق الولد بالمشتبه، و نفى عن غير المشتبه.

و من قارب امرأة، و ادعى الجهل بالتحريم قبل قوله بلا بينة و لا يمين «١».

و مهما يكن فإن أصول التشريع عند السنة و الشيعة تستدعى عدم جواز الحكم على انسان تولد من ماء إنسان انه ابن زنا متى أمكن حمله على انه ابن شبهة، فإذا توفر لدى القاضى ۹۹ حيثية للحكم بأنه ابن زنا، و حيثية واحدة بأنه ابن شبهة وجب عليه الأخذ بهذه الحيثية، و طرح ال ۹۹ ترجيحا للحلال على الحرام، و للصحيح على الفاسد، لقوله تعالى وَ قُولُوا لِلنّاسِ حُسْناً. اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ. و ذكر المفسرون ان النبى خطب يوما، فقام اليه رجل يطعن الناس بنسبه، و قال:

يا نبى اللّه من ابى، فقال له: أبوك حذافة بن قيس، و قام اليه آخر، و قال: يا رسول اللّه أين أبى؟ قال: أبوك فى النار، فنزلت الآية ۱۰۱ من سورة المائدة يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَسْئَلُوا عَنْ أَشْياءَ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ «۲».

و ثبت عن النبى بطريق السنة و الشيعة «الحدود تدرأ بالشبهات.

دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» «۳».

و قال الامام على بن ابى طالب: «ضع أمر أخيك على أحسنه» و قال الامام الصادق: كذّب سمعك و بصرك عن أخيك «۴».

---

(۱) المغنى ج ۸ ص ۱۸۵.

(۲) مجمع البيان فى تفسير القرآن.

(۳) رسائل الشيخ الأنصارى باب البراءة.

(۴) نفس المرجع باب أصل الصحة.

فهذه الآيات و الأحاديث الصحيحة الصريحة و كثير غيرها تحتم على كل إنسان ان لا يشهد و لا يحكم على أحد انه تولد من حرام إلا بعد الجزم و اليقين انه ليس فى واقع الأمر أى نوع من أنواع الشبهة.

ولد المتعة:

هنا حقيقة يجهلها الكثيرون، و انى أشكر من سألنى الكتابة فى هذا الموضوع، حيث أتاح لى الفرصة لبيان هذه الحقيقة الشرعية و التاريخية، و سأتوخى الاختصار ما استطعت على ان أكون راويا و ناقلا، لا مقرظا، و لا ناقدا، بل ادع الحكم للقارئ وحده، و لا اقطع عليه الطريق بالتخطئة أو التصويب.

اتفق الشيعة و السنة على ان نكاح المتعة كان حلالا بحكم الرسول، و ان المسلمين تمتعوا فى عهده، و لكنهم اختلفوا فى ثبوت النسخ، فقال السنة: ان المتعة نسخت و حرمت بعد ان كانت حلالا «۱».

و قال الشيعة: لم يثبت النسخ، كانت حلالا و لم تزل كذلك الى يوم القيامة. و مما استدل به الشيعة الآية ۲۳ من سورة النساء فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً، و ما رواه مسلم فى صحيحة «استمتع الأصحاب فى عهد رسول اللّه و ابى بكر و عمر».

و زواج المتعة زواج إلى أجل معين، و هو عند الشيعة كالزواج الدائم لا يتم إلا بعقد صحيح دال على قصد الزواج صراحة، و كل مقاربة تحصل بين رجل و امرأة من دون عقد فلا تكون متعة حتى مع التراضى و الرغبة، و متى تم العقد كان لازما يجب الوفاء به.

---

(١) المغنى طبعة ثالثة ج ۶ ص ۶۴۴.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣۶٧

و لا بـد فى عقـد المتعـة من ذكر المهر، و هو كمهر الزوجة الدائمة لا يتقدر بقلة أو كثرة، و يسـقط نصـفه بهبة الأجل أو انقضائه قبل الدخول، كما يسقط نصف مهر الزوجة الدائمة بالطلاق قبل الدخول.

و على المتمتّع بهـا ان تعتـد بعـد انقضـاء الأجـل كالمطلقـة، سوى ان المطلقـة تعتـد بثلاثـة أشـهر أو ثلاث حيضات، و هى تعتد بحيضتين أو خمسة و أربعين يوما، اما عدة الوفاة فأربعة أشهر و عشرة أيام كالزوجة الدائمة، سواء حصل الدخول أو لم يحصل.

و ولد المتعة ولد شرعى، له جميع ما للأولاد الشرعيين من غير استثناء لحق من الحقوق الشرعية و الأخلاقية.

و لا بـد فى المتعـة من أجل معين يـذكر فى متن العقـد، و لا ترث الزوجـة المتمتع بها من تركة الزوج، و لا تجب لها النفقة على الزوج، و الزوجـة الدائمـة لها الميراث و النفقـة، و لكن للمتمتع بها أن تشترط على الزوج ضـمن العقـد النفقة و الميراث و إذا تم هذا الشرط كانت الزوجة من المتعة كالزوجة الدائمة «١».

هذا، و لكن شـيعة لبنان و سوريا و العراق لا يستعملون المتعة على الرغم من ايمانهم بجوازها و إباحتها، و هذه المحاكم الشرعية الجعفرية فى لبنان لم تجر، و لم تأذن بزواج المتعة منذ إنشائها إلى اليوم.

ولد الزنا:

من تتبع الآيات القرآنيـة، و الأحاديث النبويـة، و كلمات الفقهاء يجـد ان الإسـلام لم يـدع مجالا لأحـد ان يتهم غيره بالزنا، و قد جعل طريق

---

(١) كتاب الجواهر.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣۶٨

إثباته، و الحكم به متعسـرا و متعـذرا، حيث اكتفى بشاهـدى عـدل لثبوت جريمة القتل، أما الزنا فلا يثبت شـرعا إلا بأربعة عدول يشهدون أنهم رأوا المرود فى المكحلة، و لا يكفى فى شهادتهم أن يقولوا فلان زنى بفلانة، أو انهم رأوهما عاريين متعانقين فى فراش واحـد تحت لحاف واحـد، و إذا شـهد بالزنا ثلاثـة شـهود، و لم يشـهد الرابع وجب ان يجلد كل واحد من الشـهود ثمانين جلدة، و كذا من اتهم رجلا أو امرأة بالزنا جلد ثمانين «١».

و الغرض من ذلـك كله الستر على النـاس، و عـدم الهتـك، و المحافظـة على العائلـة و الأسـرة خوفا من ضـياع النسل، و تشـريد الأطفال.

و الزنـا هو صـدور الفعـل بمعناه الحقيقى من البالغ العاقل العالم بالتحريم المختار فى الفعل، فلا يتحقق ممن هو دون البلوغ، و لا من المجنون و الجاهل، و لا من المكره و السكران، بل يكون فعلهم- و الحالة هذه- شبهة، و قدمنا الكلام عليها و على حكمها.

و من هنا يتبين أن الشـريعة الإسـلامية قد ضيقت الأمر فى مسألة الزنا أى تضييق، ضيقت معناه، إذ جعلته الفعل عن علم و تصميم على نحو لا يمكن الحمل على الغلط و الاشـتباه بحال من الأحوال، و ضيقت طريق إثباته: إذ حصرته بأربعة عدول يرون بالعين و لا يمكن رؤيته بحسب العادة، و على افتراض ان شاهـدا واحـدا رأى ذلك، فلا يمكن أن يراه ثلاثـة، و لو رآه ثلاثة لا يمكن ان يراه أربعـة، كـل ذلـك يـدل دلالـة صـريحة على ان الإسـلام سـد هـذا البـاب سـدا محكمـا فى وجه من يحاول الكلام فى هـذا

الموضوع الشائک، لأن اللّه سبحانه لا یحب ان تشیع الفاحشة فی خلقه.

و قد أجمع فقهاء المذاهب إذا تحقق الزنا بهذا المعنی و هذه الطریق

---

(۱) کتاب اللمعة للشیعة ج ۲ باب الحدود و کتاب المغنی للسنة ج ۸ ص ۱۹۸ و ما بعدها.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۶۹

علی ان لا توارث بین ولد الزنا و من تولد من مائه، لأنه لا ینسب الیه شرعا.

و لکنهم وقعوا فی معضلة شرعیة من جراء فتواهم بحرمان ابن الزنا من الإرث، و حاروا فی وجود المخرج، و صعب علیهم التخلص، و هی: إذا کان ولد الزنا لا ینسب شرعا إلی من تولد من مائه فعلیه ینبغی، و الحالة هذه، ان لا یحرم علی الرجل زواج بنته من الزنا، و لا یحرم علی ابن الزنا ان یتزوج أخته و عمته ما دام أجنبیا عمن خلق من مائه، فابن الزنا اما ولد شرعی فیثبت له جمیع ما یثبت للأولاد الشرعیین حتی الإرث و النفقة، و اما لیس بولد شرعی، فیثبت له جمیع ما للأولاد غیر الشرعیین حتی الزواج بالبنت و الأخت، و التفکیک بین آثار الشیء الواحد الذی لا یتجزأ تحکّم، و ترجیح بلا مرجح. لذلک نری الفقهاء اختلفوا هنا بعد ان اتفقوا هناک، أی علی حرمانه من الإرث، فقال مالک و الشافعی: «یجوز للرجل نکاح بنته و أخته و بنت ابنه و بنت بنته و بنت أخیه و أخته من الزنا، لأنها أجنبیة لا تنسب الیه شرعا» «۱» و هذا تخلص من مشکل إلی «أشکل».

و قال الإمامیة و أبو حنیفة و ابن حنبل: نلتزم بالتفصیل، فنمنعه من الإرث و نحرّم علیه و علی أبیه المصاهرة و الزواج بذات محرم، بل یحرم علیهما اللمس و النظر فضلا عن الزواج، فلا یجوز للأب ان ینظر أو یلمس ابنته من الزنا، و مع ذلک لا یرثها و لا ترثه «۲».

و استدلوا علی تحریم المصاهرة بأن ولد الزنا ولد لغة و عرفا فیحرم علیه و علی أبیه ما یحرم علی الآباء و الأبناء، و استدلوا علی عدم التوارث بأنه لیس بولد شرعی، بصریح الآیات و الروایات.

---

(۱) المغنی لابن قدامة طبعة ثالثة ج ۶ ص ۵۷۸.

(۲) المغنی ج ۶ ص ۵۷۷ للسنة و کتاب المسالک للشیعة ج ۱ باب الزواج فصل المصاهرة.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۷۰

اللقیط:

اللقیط ان یجد انسان طفلا- لا- یستطیع أن یجلب لنفسه نفعا، و لا- یدفع عنها ضرا، فیضمه الیه، و یکفله مع سائر عیاله، و قد أجمعت کلمة المذاهب الإسلامیة علی انه لا توارث بین اللقیط و الملتقط، لأنه عمل متمحض للخیر و الإحسان، و التعاون علی البر و التقوی، فمثله مثل انسان وهب آخر مبلغا کبیرا من المال تقربا الی اللّه، فجعله غنیا بعد الفقر، و عزیزا بعد الذل، فکما ان هذا الإحسان لا یکون سببا للتوارث، کذلک الالتقاط.

التبنی:

التبنی ان یقصد إنسان إلی ولد معروف النسب، فینسبه الی نفسه، و الشریعة الإسلامیة لا تعتبر التبنی سببا من أسباب الإرث، لأنه

لا يغير الواقع عن حقيقته، بعد ان كان نسب الولد ثابتا و معروفا. و النسب لا يقبل الفسخ، و لا يسقط بالإسقاط، و بذلك صرحت الآية (۴) من سورة الأحزاب وَ مٰا جَعَلَ أَدْعِيٰاءَكُمْ أَبْنٰاءَكُمْ ذٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوٰاهِكُمْ وَ اللّٰهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَ هُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِآبٰائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللّٰهِ و ذكر المفسرون فى سبب نزول هذه الآية قصة طريفة: سبى زيد بن حارثة فى الجاهلية، فاشتراه رسول اللّه، و بعد الإسلام جاء حارثة إلى مكة، و طلب من الرسول أن يبيعه ابنه زيدا أو يعتقه، فقال الرسول:

هو حر، فليذهب حيث شاء، فأبى زيد ان يفارق رسول اللّه، فغضب أبوه حارثة، و قال: يا معشر قريش اشهدوا ان زيدا ليس ابنى، فقال الرسول: اشهدوا ان زيدا هو ابنى «۱».

---

(۱) مجمع البيان فى تفسير القرآن.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۳۷۱

و ذكر الفقهاء فى هذا الباب فروعا كثيرة، منها ما لا يقبله عقل و لا شرع، كالذى نقله صاحب كتاب المغنى ج ۷ ص ۴۳۹ عن أبى حنيفة «لو تزوج رجل امرأة فى مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنه أو تزوجها و هو فى المشرق و هى فى المغرب ثم أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لحقه الولد». و منها: لا نعلم مكانه من الصحة فى نظر الطب كالذى ذكره صاحب المغنى أيضا فى نفس المجلد و الصفحة «ان كان الزوج طفلا، له من العمر عشر سنين، فحملت امرأته لحقه ولدها» و كالذى نقله صاحب المسالك، من الشيعة ج ۲ فصل أحكام الأولاد «إذا تحقق الدخول من الرجل و لم ينزل لحقه الولد».

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۳۷۲

التلقيح الصناعى

اشارة

يدور الآن نقاش حاد فى العالم الغربى حول الجواب عن السؤال التالى:

إذا كان الزوج عقيما لا يولد له، و اتفق مع زوجته على ان تلقح تلقيحا صناعيا بنطفة رجل أجنبى دون مقاربة، فهل يجوز ذلك؟

و قد أثيرت هذه المشكلة بمجلس العموم البريطانى، و احيلت إلى لجنة مختصة لبحثها، و فى إيطاليا أصدر إلبابا امرا بالتحريم، و فى فرنسا قال الأطباء: انه جائز إذا كان بموافقة الزوجين، و فى النمسا تعترف الدولة بالمولود، كطفل شرعى للزوجين إلا إذا اعترض الزوج قانونيا على ذلك.

و لم يتعرض فقهاء الإسلام لهذه المسألة فيما أظن، لأنها موضوع حديث، و لكن نقل علماء الإمامية فى باب الحدود: ان الحسن بن على سئل عن امرأة قاربها زوجها، و لما قام عنها وقعت على بكر فساحقتها، و القت فيها النطفة، فحملت البكر، فقال: يؤخذ من الكبيرة مهر البكر، لان الولد لا يخرج حتى تذهب عذرتها، ثم ترجم الكبيرة، لأنها محصنة، و ينتظر بالصغيرة حتى تضع ما فى بطنها، و يرد إلى أبيه

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۳۷۳

صاحب النطفة، ثم تجلد أم الولد «۱».

و يستفاد من هذا أربعة أحكام:

۱- رجم الكبيرة.

٢- تغريمها مهر الصغيرة عوضا عن البكارة.
٣- جلد الصغيرة.
٤- إلحاق الحمل بصاحب الماء.

و قد اختلف فقهاء الإمامية فى العمل بهذا الحديث، فمنهم من عمل بفقراته كلها و هم الشيخ الطوسى و أتباعه، و منهم من أخذ بالفقرات الثلاث الأخيرة دون الأولى، و هو صاحب كتاب الشرائع، حيث أوجب الجلد على الكبيرة دون الرجم «٢». ورد ابن إدريس الحديث بجميع فقراته معترضا على رجم الكبيرة بأن حد السحق هو الجلد دون الرجم، و اعترض على إلحاق الولد بصاحب الماء بأنه لم يولد على فراشه لا زواجا و لا شبهة، و اعترض ابن إدريس ايضا على تغريم الكبيرة المهر بأن البكر مختارة غير مكرهة، و المساحقة مع الرضا كالزنا لا توجب مهرا. هذا ما وجدته فى كتب الفقه مما يشبه المسألة من قريب أو بعيد. و مهما يكن فان لدينا مسألتين، الأولى: هل مثل هذا التلقيح جائز أو محرم فى الشريعة الإسلامية؟. الثانية: لو حصل التلقيح و الحمل فما هو حكم الولد، و بمن يلحق؟

---

(١) كتاب الجواهر، و كتاب المسالك باب الحدود.

(٢) قال أكثر فقهاء الإمامية- كما فى الجواهر- ان الحد فى السحق مائة جلدة، للمتزوجة و غيرها، و للفاعلة و المفعولة. و فى كتاب المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٩ الطبعة الثالثة: لا حد فى السحق، لأنه ليس بإيلاج، و عليهما التعزير.

التلقيح الصناعى محرم:

أما المسألة الأولى فليس من شك فى تحريم التلقيح، و الدليل على ذلك، أولا: اننا علمنا من طريقة الشرع، و تحذيره و تشديده فى أمر الفروج: انها لا تستباح إلا بإذن شرعى، فمجرد احتمال التحريم كاف فى وجوب الكف و الاحتياط.

ثانيا: الآية ٣٠ من سورة النور وَ قُلْ لِلْمُؤْمِنٰاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصٰارِهِنَّ وَ يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ أمر اللّه سبحانه بحفظ العضو التناسلى من المرأة، و لم يذكر متعلق الحفظ، و لم يخصه بالمقاربة أو بأى شىء آخر.

و قد اتفق الأصوليون و علماء العربية على ان حذف المتعلق يدل على العموم، كما ان ذكره يدل على التخصيص- مثلا- إذا قيل احفظ مالك من السارق، دل على وجوب التحفظ و صيانة المال من السرقة فحسب، أما إذا قيل احفظ مالك، و لم يذكر المتعلق فيدل على حفظه من السرقة و الإسراف و التلف و غير ذلك. و على هذا تدل الآية على حفظ العضو من كل شىء حتى التلقيح. و تعزز هذه الآية بالآية (٤) من «سورة المؤمنون» وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حٰافِظُونَ إِلّٰا عَلىٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغىٰ وَرٰاءَ ذٰلِكَ فَأُولٰئِكَ هُمُ الْعٰادُونَ فقوله فَمَنِ ابْتَغىٰ وَرٰاءَ ذٰلِكَ يدل على ان أى عمل يتنافى مع حفظ العضو فهو اعتداء و تجاوز عن الحدود المشروعة إلا إذا كان بطريق الزواج أو ملك اليمين، اما اختصاص لفظ الآية بالرجال فلا يمنع من الاستدلال على ما نحن فيه، لمكان الإجماع على عدم الفرق بين الرجال و النساء فى مثل هذه الأحكام.

و رب قائل يقول: ان آية يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ لا تدل على تحريم التلقيح، و انما تدل على المنع من المقاربة و المباشرة، و هذا هو المعنى المرتكز فى الأذهان و المتبادر من اللفظ. و بكلمة: يحفظن فروجهن تدل

بحسب الوضع على المعنى العام الشامل للتلقيح و غيره. و لكن الظاهر من اللفظ هو خصوص الزنا، و بديهة أن المعول لاستخراج الأحكام الشرعية على الظاهر من اللفظ، لا على المعنى الموضوع له اللفظ.

و الجواب: ان هذا الظهور طارئ و ليس بأصيل، حيث نشأ من أغلبية المباشرة و كثرتها، فهو أشبه بانصراف لفظ الماء فى بغداد الى ماء دجلة، و فى القاهرة إلى ماء النيل، و هذا الظهور لا أثر له ابدا، لأنه يزول بأدنى انتباه، و ليس لأحد ان يدعى ان لفظ الماء فى بغداد موضوع لماء دجلة فقط، و فى القاهرة لماء النيل فقط، هذا و لو جاز التلقيح الصناعى لجاز لحس الكلاب. لأن كلا منهما بعيد عن الأذهان.

حكم الحمل:

لو حصل من هذا التلقيح المحرم حمل فهل هو ولد شرعى؟ و بمن يلحق؟ و الجواب: اما بالنسبة إلى الزوج فلا يلحق به بحال، لأنه لم يتولد من مائه، و التبنى فى الإسلام غير جائز وَ مَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ و أما بالنسبة إلى المرأة الحامل فيلحق بها عند بعض المذاهب الإسلامية، لأن ولد الزنا يرث امه و أقاربه من جهتها، و هؤلاء يرثونه «١»، و إذا كان ابن الزنا يلحق بأمه فابن التلقيح بطريق أولى.

أما الإمامية فينفون ولد الزنا عن الزانية و الزانى، و يقولون: لا توارث بينه و بين امه، و لا بينه و بين أبيه. و فرق آية اللّه السيد محسن الطباطبائى الحكيم بين ابن الزنا و ابن التلقيح، حيث قال ما نصه بالحرف الواحد:

«ابن التلقيح يلحق بأمه، لأنه ولد حقيقة، و لا دليل على نفيه و ما دل على نفيه عن الزانية لا يشمل المقام.»

---

(١) كتاب الميراث فى الشريعة الإسلامية، للأستاذ على حسب اللّه ص ٩۴ الطبعة الثانية. و ابن عابدين و ابن قدامة فى كتاب المغنى باب الميراث فصل العصبات.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۷۶

أما بالنسبة الى صاحب النطفة فقال السيد الحكيم ان الحمل لا يلحق به، لأن إلحاق الحمل بالرجل يتوقف على ان يباشر بنفسه عملية الجنس، سواء أقدر عليها أم عجز عنها، و لكن سبق منه الماء الى العضو التناسلى أثناء المحاولة أو انتقل ماء الرجل الى عضو المرأة بواسطة المساحقة، كما جاء فى الرواية المتقدمة عن الامام الحسن: «و لا يلحق الولد فى غير ذلك بصاحب النطفة و ان كان زوجا» «١».

و على آية حال فإن التلقيح الصناعى حرام، لا يجرأ على القول بحليته مسلم، و لكن التحريم لا يستلزم ان يكون الحمل بسببه ولد زنا، فقد تحرم المقاربة، و مع ذلك يكون الولد شرعيا، كمن قارب زوجته و هى فى الحيض أو فى صوم رمضان، فإنه يفعل محرما، و لكنها لو حملت يثبت النسب بين الحمل و بين الأبوين، و على هذا لو ارتكب هذا التلقيح المحرم انسان، و حصل الحمل فلا ينسب الولد الى الزوج، لأنه لم يتولد من مائه، و لا الى صاحب النطفة، لأنه لم يباشر عملية الجنس بنفسه لا زواجا و لا شبهة، و لكنه ينسب الى الحامل، لأنه ولدها حقيقة، فيكون ولدها شرعا. و كل ولد حقيقى فهو ولد شرعى حتى يثبت العكس.

---

(١) من كتاب لسيادة الحكيم مؤرخ ۷ رمضان سنة ۱۳۷۷ ه جوابا على سؤال يتعلق بالموضوع.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٣٧٧

الحضانة

اشارة

ليس للحضانة آية علاقة بالولاية على زواج الطفل، و لا على أمواله، و انما هى رعايته من أجل تربيته و صيانته فى المدة التى يحتاج فيها الى النساء، و هى حق للأم بالاتفاق. و اختلفوا فى المدة التى تنتهى فيها حضانة الأم، و فى الأولى بها بعد الام، و فيما يشترط بالحاضنة، و استحقاقها للأجرة، الى غير ذلك مما نبينه فيما يلى:

مستحق الحضانة:

إذا تعذر على الأم ان تحضن ولدها فإلى من ينتقل حق الحضانة؟

الحنفية قالوا: تنتقل من الأم إلى أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات الشقيقات، ثم اللائى لأم، ثم اللائى لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، و هكذا حتى تنتهى إلى الخالات و العمات.

المالكية قالوا: تنتقل من الأم إلى أمها، و ان علت، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم خالة الأم، ثم عمة الأم، ثم عمة الأب، ثم أم امه، ثم أم أبيه إلخ.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٣٧٨

الشافعية قالوا: الام، ثم أم الأم، و ان علت بشرط ان تكون وارثة، ثم الأب، ثم امه، ثم أم امه، و ان علت بشرط ان تكون وارثة، ثم الأقرب من الإناث، ثم الأقرب من الذكور.

الحنابلة قالوا: الام، ثم أمها ثم أم أمها، ثم الأب، ثم أمهاته، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم لأم إلخ.

الإمامية قالوا: الام، ثم الأب، و إذا مات الأب أو جن بعد ان انتقلت إليه الحضانة، و كانت الام ما زالت فى قيد الحياة عادت إليها الحضانة، و كانت أحق من جميع الأقارب بما فيهم الجد لأب، حتى و لو كانت متزوجة من أجنبى، و إذا فقد الأبوان انتقلت الحضانة إلى الجد لأب، و إذا فقد، و لم يكن له وصى كانت الحضانة لأقارب الولد على ترتيب الميراث، الأقرب منهم يمنع الا بعد، و مع التعدد، و التساوى، كجدة لام، و جدة لأب، و كالعمة و الخالة أقرع بينهم مع الخصومة و التشاح، فمن خرجت القرعة باسمه كان أحق بالحضانة الى ان يموت، أو يعرض عن حقه «١» و هذا هو رأى الحنابلة (المغنى ج ٩ باب الحضانة).

شروط الحضانة:

اتفقوا على انه يشترط فى الحاضنة ان تكون عاقلة أمينة عفيفة، لا فاجرة و لا راقصة، و لا تشرب الخمر، و لا تهمل رعاية الطفل، و الغاية من هذه الصفات الاحتفاظ بالطفل صحيا و خلقيا. و هذه الشروط معتبرة أيضا فى الحاضن.

---

(١) الجواهر و المسالك باب الزواج مسألة الحضانة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۳۷۹

و اختلفوا: هل الإسلام شرط: قال الإمامية و الشافعية: لا حضانة لكافر على مسلم.

و بقية المذاهب لم يشترطوا الإسلام الا ان الحنفية قالوا: ارتداد الحاضن أو الحاضنة يسقط الحضانة.

و قال الإمامية: يجب ان تكون الحاضنة سليمة من الأمراض السارية.

و قال الحنابلة: تجب سلامتها من البرص و الجذام. و المهم ان لا يتضرر الطفل.

و قال الأربعة: إذا طلقت الأم، و تزوجت برجل أجنبى عن الطفل تسقط حضانتها، اما إذا كان الزوج رحما للصغير فتبقى الحضانة.

و قال الإمامية: تسقط حضانتها بالزواج مطلقا، سواء أ كان الزوج رحما أم أجنبيا.

و قال الحنفية و الشافعية و الإمامية و الحنابلة: إذا طلقت الأم من الزوج الثانى يرتفع المانع، و تعود حضانتها بعد ان سقطت بالزواج.

و قال المالكية: لا تعود.

مدة الحضانة:

قال الحنفية: مدة الحضانة سبع سنين للذكر، و تسع للأنثى.

و قال الشافعية: ليس للحضانة مدة معلومة، بل يبقى الطفل عند امه، حتى يميز و يمكنه ان يختار أحد أبويه، فإذا وصل إلى هذه المرحلة يخير بين امه و أبيه، فإن اختار الولد الذكر الام مكث عندها فى الليل، و عند أبيه فى النهار، كى يقوم بتعليمه، و إذا اختارتها الأنثى تستمر عندها ليلا و نهارا، و ان اختار الطفل الأب و الام معا أقرع بينهما، و إذا سكت، و لم يختر أحدا منهما كان للام.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۳۸۰

و قال المالكية: مدة حضانة الغلام من حين الولادة إلى ان يبلغ، و الأنثى حتى تتزوج.

و قال الحنابلة: مدة الحضانة سبع سنين للذكر و الأنثى، و بعدها يخير الطفل بينهما، و يكون مع من يختار منهما.

و قال الإمامية: مدة الحضانة للذكر سنتان، و للأنثى سبع سنين، و بعدها تكون للأب إلى ان تتم الأنثى تسعا، و الذكر خمس عشرة سنة يختار أى الأبوين يشاء «۱».

اجرة الحضانة:

قال الشافعية و الحنابلة: للحاضنة الحق فى طلب الأجرة على الحضانة أما كانت أو غيرها، و صرح الشافعية بأنه ان كان للصغير مال فالأجرة فى ماله، و الا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته.

و قال المالكية و الإمامية «۲»: لا تستحق الحاضنة اجرة على الحضانة، و لكن الإمامية قالوا: لها اجرة الرضاع، فان كان للرضيع مال أعطيت منه الأجرة و الا فعلى الأب ان كان موسعا. (الفقه على المذاهب الأربعة ج ۴ و المسالك ج ۲).

و قال الحنفية: تجب الأجرة للحاضنة ان لم تكن الزوجية قائمة بينها و بين ابى الولد، و لم تكن معتدة من طلاقه الرجعى، و كذلك إذا

(١) ان تخيير الطفل بين الانضمام إلى أمه أو أبيه فى هذه السن لا- يتنافى مع نص القانون على ان سن البلوغ ١٨ سنة، لأن هذه السن قد اعتبرها القانون شرطا للزواج، لا للتخيير فى الانضمام.
(٢) مال صاحب المسالك إلى عدم الأجرة على الحضانة، و مال صاحب الجواهر إلى ثبوتها، و حيث لم يرد نص فى الشرع على الوجوب، و لم تجر عادة العرف على الأجرة يكون الحق، و الحال هذه، فى جانب صاحب المسالك.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٨١

كانت معتدة من طلاق بائن، أو فسخ تستحق فيه النفقة من ابى الطفل.

و اجرة الحضانة تجب فى مال الولد ان كان له مال، و الا فعلى من تجب نفقته عليه (الأحوال الشخصية أبو زهرة).

السفر بالطفل:

إذا أخذت الأم الطفل بالحضانة، و أراد الأب السفر بولده، ليستوطن به فى بلد آخر، قال الإمامية و الحنفية: ليس له ذلك.

و قال الشافعية و المالكية و الحنابلة: بل له ذلك.

أما إذا كانت الأم هى التى تريد السفر بالطفل، فقال الحنفية لها أن تسافر به بشرطين: ان تنتقل الى بلدها، و أن يكون العقد وقع ببلدها الذى تنتقل إليه، فإن فات أحد الشرطين منعت إلا الى موضع قريب يمكن المضى اليه و العودة قبل الليل.

و قال الشافعية و المالكية و أحمد فى إحدى الروايتين عنه، الأب أحق بولده سواء أ كان هو المنتقل أو هى. (رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة).

و قال الإمامية: ليس للأم المطلقة أن تسافر بالولد الذى تحضنه الى بلد بعيد بغير رضا أبيه، و ليس للأب أن يسافر بالولد الى غير بلد الأم حال حضانتها له.

التبرع بالرضاع و الحضانة:

الفرق بين الحضانة و الرضاع ان الحضانة عبارة عن تربية الطفل و رعايته، و الرضاع إطعامه و تغذيته، و من هنا جاز أن تسقط الأم حقها بالرضاع، و يبقى حقها بالحضانة، فقد اتفق الإمامية و الحنفية على أنه لو تبرعت امرأة بإرضاع الطفل مجانا، و أبت الأم إلا الأجرة على الرضاع تقدم

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٨٢

المتبرعة على الأم، و يسقط حقها فى الإرضاع، أما حقها فى الحضانة فيبقى على ما هو، و يكون الطفل فى رعايتها، تأتى اليه المرضعة، أو يحمل هو إليها.

و إذا تبرعت امرأة بالحضانة فلا ينتزع الطفل من الأم عند الإمامية، و غيرهم ممن لم يوجبوا للحاضنة أجرة على الحضانة، حيث لا موضوع للتبرع ما دامت الحاضنة لا تستحق الأجرة.

أما الحنفية الذين أوجبوا الأجرة على الحضانة فإنهم قالوا: إذا أبت الأم أن تحضن إلا بأجرة، و وجدت متبرعة بالحضانة فالأم أولى إذا كانت الأجرة على الأب، أو كانت المتبرعة من الأجنبيات، و ليست من قرابة الطفل الحاضنات، أما طذا كانت المتبرعة من الأرحام الحاضنات، و كانت الأجرة على الأب المعسر، أو كانت الأجرة من مال الطفل فالمتبرعة أولى، لأن الأجرة فى هذه

الحال تكون على الطفل، و المتبرعة توفر عليه، فتقدم على الأم من أجل مصلحة الطفل (الأحوال الشخصية أبو زهرة).

التنازل عن الحضانة:

هل الحضانة حق خاص للحاضنة يسقط بالإسقاط بحيث يجوز لها التنازل عنه، كما تتنازل عن حق الشفعة- مثلا- أو هى حق للطفل تلزم به الحاضنة، و ليس لها إسقاطه، كما لا يمكنها أن تتنازل عن حق الأمومة؟

قال الإمامية و الشافعية و الحنابلة: انه حق لها تتنازل عنه متى تشاء، و لا تجبر عليه إذا امتنعت، و فيه رواية عن مالك، و استدل على ذلك صاحب الجواهر بأن العلماء لم يجمعوا على إلزام الحاضنة بالحضانة، و الشرع لم ينص على ذلك، بل يدل ظاهر النصوص على أن الحضانة كالرضاع، و عليه فلها إسقاطها متى تشاء.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۸۳

و يترتب على ذلك ان الأم لو خالعت زوجها على أن تترك له حق الحضانة، أو يترك لها هو حق انضمام الطفل اليه بعد انتهاء مدة حضانتها يصح الخلع، و ليس لأحدهما العدول بعد تمامه إلا مع رضا الطرفين، و كذلك لو تصالحا على ترك حقها فى الحضانة، أو ترك حقه فى الانضمام فإن المصالحة، و الحال هذه، تكون لازمة يجب الوفاء بها.

و نقل ابن عابدين الخلاف بين الحنفية فى ذلك، و أشار إلى أن الأولى أن تكون الحضانة حقا للولد، و عليه فلا يحق للام إسقاطها و لا المصالحة عليها، و لا جعلها عوضا عن الخلع.

و المحاكم الشرعية السنية فى لبنان تحكم بصحة الخلع، و فساد الشرط إذا خالعت الزوجة زوجها على ترك حضانة ولدها، و تحكم ببطلان المصالحة من الأساس لو صالحته على أن تترك حقها فى الحضانة، أما المحاكم الشرعية الجعفرية فتحكم بصحة الخلع و الشرط و المصالحة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۸۴

استحقاق النفقة

اشارة

أجمع المسلمون على ان الزوجة سبب من أسباب وجوب النفقة، و كذلك القرابة، و قد نص الكتاب الكريم على نفقة الزوجة بقوله:

وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ- ۲۳۲ البقرة و المراد بهن الزوجات، و المولود له الزوج، و من الحديث: «حق المرأة على زوجها أن يشبع بطنها، و يكسو جنبها، و ان جهلت غفر لها.» و أشار القرآن إلى نفقة الأقارب بقوله وَ بِالْوالِدَيْنِ إِحْساناً و قال النبى ص: «أنت و مالك لأبيك». و يقع الكلام فى مقامين: الأول نفقة الزوجة و المعتدة. الثانى نفقة الأقارب:

نفقة الزوجة و المعتدة:

اتفقوا على وجوب الإنفاق على الزوجة بالشروط الآتية، و على المعتدة من طلاق رجعى، و على عدم استحقاق المعتدة عدة وفاة، النفقة، حائلا كانت أو حاملا، إلا أن الشافعية و المالكية قالوا: ان المتوفى عنها زوجها تستحق من النفقة السكن فقط. و قال

الشافعية: إذا أبانها،

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٨٥

و هى حامل ثم توفى عنها فان نفقتها لا تنقطع. و قال الحنفية: إذا كانت معتدة رجعيا، و مات المطلق أثناء العدة انتقلت عدتها الى عدة وفاة، و تسقط نفقتها إلا إذا كانت مأمورة أن تستدين النفقة، و قد استدانتها بالفعل، فإنها، و الحال هذه، لا تسقط.

و اتفقوا على ان المعتدة من وطء الشبهة لا نفقة لها.

و اختلفوا فى نفقة المعتدة من الطلاق البائن، فقال الحنفية: لها النفقة، و لو كانت مطلقة ثلاثا، حائلا كانت أو حاملا، بشرط ان لا تخرج من البيت الذى أعده المطلق لتقضى فيه عدتها، و حكم المعتدة عن فسخ العقد الصحيح حكم المطلقة بائنا عندهم.

و قال المالكية: ان كانت حائلا- فليس لها من النفقة إلا- السكنى، و ان كانت حاملا- فلها النفقة بجميع أنواعها، و لا تسقط بخروجها من بيت العدة، لأن النفقة للحمل لا للحامل.

و قال الشافعية و الإمامية و الحنابلة: لا نفقة لها ان كانت حائلا، و لها النفقة ان كانت حاملا، و لكن الشافعية قالوا: إذا خرجت من بيت العدة لغير حاجة تسقط نفقتها.

و لم يلحق الإمامية فسخ العقد الصحيح بالطلاق البائن، حيث قالوا:

ان المعتدة من فسخ العقد لا نفقة لها حائلا كانت أو حاملا.

الناشزة:

اتفقوا على أن الزوجة الناشزة لا نفقة لها، و اختلفوا فى تحديد النشوز الذى تسقط به النفقة، فالحنفية يرون أن الزوجة متى حبست نفسها فى منزل الزوج، و لم تخرج منه إلا- بإذنه تكون مطيعة، و ان امتنعت عنه فى الفراش من غير مبرر شرعى، فإن امتناعها هذا و ان كان حراما عليها، و لكن لا تسقط به النفقة، فسبب الإنفاق عندهم هو حبس

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٨٦

المرأة نفسها فى منزل الزوج، و لا دخل أبدا للفراش و الاستمتاع. و قد خالفوا بهذا جميع المذاهب. فإن كلمتها واحدة على أن الزوجة إذا لم تمكن الزوج من نفسها، و تخلى بينها و بينه، مع عدم المانع شرعا و عقلا تعد ناشزة لا تستحق شيئا من النفقة، بل قال الشافعية: إن مجرد التمكين، و التخلية بينها و بينه لا يكفى ما لم تعرض نفسها على الزوج، و تقول له صراحة: انى مسلمة نفسى إليك.

و الحقيقة أن المعول على صدق الطاعة و الانقياد عند أهل العرف، و ليس من شك انهم يرون الزوجة مطيعة إذا لم تمتنع عن الزوج حين طلبه، و لا يشترطون ان تعرض نفسها عليه غدوة و عشية، و مهما يكن فهنا مسائل تتعلق بالطاعة و النشوز:

١- إذا كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الفراش، و الزوج كبيرا يطيقه، فهل تجب النفقة؟

قال الحنفية: الصغيرة على ثلاثة أنواع:

١- صغيرة لا يمكن الانتفاع بها، لا فى الخدمة، و لا فى المؤانسة، و هذه لا نفقة لها.

٢- صغيرة يمكن الدخول بها، و هذه حكمها حكم الكبيرة.

٣- صغيرة يمكن الانتفاع بها فى الخدمة أو المؤانسة و لا ينتفع بها فى الفراش، و هذه لا نفقة لها.

و قالت بقية المذاهب: لا نفقة للصغيرة، و ان كان الزوج كبيرا.

٢- إذا كانت الزوجة كبيرة تطيق الفراش، و الزوج صغيرا لا يطيقه، قال الحنفية و الشافعية و الحنابلة: تجب لها النفقة، لأن المانع منه لا منها.

و قال المالكية و المحققون من الإمامية: لا تجب، لأن مجرد التمكين من قبلها لا أثر له ما دام العجز الطبيعى متحققا من الزوج، و الصغير غير مكلف، و تكليف وليه لا دليل عليه.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٣٨٧

٣- لو كانت الزوجة مريضة أو رتقاء أو قرناء لا تسقط نفقتها عند الإمامية و الحنابلة و الحنفية «١»، و تسقط عند المالكية إذا كانت مريضة مرضا شديدا، أو كان الزوج مريضا كذلك.

٤- إذا ارتدت الزوجة المسلمة تسقط نفقتها بالاتفاق، تجب النفقة للزوجة الكتابية كما تجب للمسلمة دون تفاوت.

٥- إذا خرجت من بيته بدون اذنه، أو امتنعت عن سكنى البيت اللائق بها تعد ناشزة، و لا تستحق النفقة بالاتفاق، إلا أن الشافعية و الحنابلة قالوا: إذا خرجت بإذنه لحاجة الزوج فلا تسقط النفقة: و ان كانت لغير الزوج تسقط نفقتها حتى و لو اذن لها.

٦- إذا سافرت لحج الفريضة قال الشافعية و الحنفية: تسقط نفقتها.

و قال الإمامية و الحنابلة: لا تسقط.

٧- لو كانت الزوجة مطيعة لزوجها فى الفراش، و تساكنه حيث يشاء، و لكنها تخاشنه فى الكلام، و تقطب فى وجهه، و تعانده فى أمور كثيرة. كما هى حال الكثيرات، فهل تسقط نفقتها أو لا؟.

لم أطلع على أقوال المذاهب فى هذا الفرض، و الذى أراه أن الزوجة إذا كانت حادة الطبع بفطرتها، و كانت هذه معاملتها مع جميع الناس حتى مع أمها و أبيها فلا تعد، و الحال هذه، ناشزة، أما إذا لم يكن ذلك من طبعها، و كانت حسنة المعشر مع الجميع إلا مع الزوج فتكون ناشزة، لا تستحق النفقة.

٨- إذا امتنعت الزوجة عن متابعة الزوج حتى تقبض معجل مهرها، فهل تعد ناشزة؟ و قد فصلت المذاهب- كما تقدم فى مبحث المهر-

---

(١) قال الحنفية: إذا مرضت و هى فى بيته فلها النفقة، و إذا مرضت قبل الزفاف، و لا يمكنها الانتقال إلى بيته فلا نفقة لها، عملا بمبدأهم من ان النفقة عوض عن الاحتباس فى منزل الزوج.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٣٨٨

بين أن تمتنع منه قبل ان تمكنه من نفسها، و بين امتناعها بعد أن مكنته طوعا قبل القبض، ففى الحال الأولى يكون امتناعها لمبرر شرعى فلا تعد ناشزة، و فى الحال الثانية يكون بغير مبرر فتعد ناشزة.

٩- رأيت قولا للحنابلة بأن الزوجة إذا حبست زوجها من أجل نفقتها أو صداقها، فان كان معسرا يعجز عن حقوقها المادية تنقطع نفقتها، و ان كان موسرا مماطلا فان نفقتها لا تنقطع «١».

و هو حسن و متين، لأنها إن حبسته، و هو معسر عاجز تكون ظالمة له، و ان حبسته، و هو موسر مماطل يكون ظالما لها، و قد نطقت الآية الكريمة وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ و جاء فى الحديث:

الواجد تحل عقوبته و عرضه. و ان عليا كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه و يخلى سبيله إذا تبين إفلاسه. و على هذا فإن القاضى إذا تثبت و تحقق من إعسار الزوج، و استحقاق الزوجة للنفقة يقرر انها دين فى ذمته تستوفيه بإشعار آخر، و إذا افترض، و أطلق الحكم عليه بالنفقة، و حبسته الزوجة مع عسرة و إفلاسه كان للزوج أن يطلب من القاضى إسقاط نفقتها من تاريخ

الحبس، و على القاضى ان يجيبه الى طلبه.
١٠- إذا طلقت الزوجة فى حال نشوزها فلا تستحق النفقة، و إذا كانت معتدة من طلاق رجعى، و نشزت فى أثناء العدة تسقط نفقتها، و ان عادت إلى الطاعة تعود نفقتها من تاريخ علمه برجوعها إلى الطاعة.
١١- إذا بقيت الزوجة بعد اجراء العقد مدة فى بيت أبيها، ثم طالبته بنفقة تلك المدة، فهل تثبت لها النفقة؟
قال الحنفية: تستحق النفقة، و ان لم تنتقل إلى منزل الزوج إذا لم يطلبها، أو طلبها و امتنعت حتى تقبض المهر (ابن عابدين).

---

(١) قال المالكية: تسقط نفقة الزوجة بعسر الزوج سواء أ كانت مدخولا بها أو لا، و إذا أيسر بعد ذلك فليس لها حق المطالبة بالنفقة حال العسر.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٨٩

و قال المالكية و الشافعية: لها النفقة إذا كان قد دخل بها، أو عرضت نفسها عليه.
و قال الحنابلة: إذا لم تعرض عليه نفسها فلا نفقة لها، و لو بقيت على ذلك سنين.
و قال الإمامية: تثبت من تاريخ الدخول إذا كان قد دخل بها عند أهلها، و من يوم الطلب إذا طالبته بأن ينقلها اليه.
و من هذا يتبين ان الجميع متفقون انها لو عرضت نفسها، و أظهرت الاستعداد التام للمتابعة تثبت النفقة. و كذا إذا كان قد دخل بها. إلا أن الحنفية لا يكتفون بالدخول ما لم تظهر الاستعداد للاحتباس. هذا، و قد تقدمت الإشارة فى المسألة الثامنة من هذا البحث إلى أن لها أن تمتنع حتى تقبض معجل المهر، و ان امتناعها له مبرر شرعى لا يسقط نفقتها.
١٢- قال المالكية و الشافعية و الحنابلة: ان الزوج الغائب كالحاضر بالنسبة لأحكام النفقة، فإن كان للزوج الغائب مال ظاهر حكم القاضى لها بالنفقة، و نفذ الحكم فى ماله، و ان لم يكن له مال ظاهر حكم عليه بالنفقة، و استدانت عليه، و هذا هو المعمول به فى مصر (الأحوال الشخصية أبو زهرة).
و فى كتاب الأحوال الشخصية لمحمد محيى الدين عبد الحميد ص ٢٦٩ و ٢٧٢ طبعة ١٩٤٢ «مذهب الحنفية أنه يفرض فى مال الغائب ان ترك مالا- لزوجته. و ان لم يترك مالا- أصلا فإن القاضى يفرض النفقة عليه، و يأمر الزوجة أن تستدينها عليه فإن شكت انها لا تجد من تستدين منه أمر من تجب عليه نفقتها بإدانتها- على فرض انها ليست بذات زوج- و إذا امتنع الذى تجب عليه نفقتها لو كانت غير مزوجة حبسه القاضى».
و قال الإمامية: لو غاب الزوج بعد أن مكنته من نفسها وجبت نفقتها عليه، مع فرض بقائها على الصفة التى فارقها عليها، و ان غاب

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٣٩٠

قبل أن يدخل، فحضرت عند القاضى، و أظهرت الطاعة، و الاستعداد للتمكين أرسل إليه القاضى و أعلمه بذلك، فإن حضر هو، أو أرسل فى طلبها، أو أرسل إليها النفقة فيها، و ان لم يفعل شيئا من ذلك يقدر القاضى المدة التى يستغرقها الاعلام و الجواب، أو إرسال النفقة، و لا يحكم بشىء فى هذه المدة، ثم يحكم من تاريخ انتهائها. فلو كانت المدة بمقدار شهرين- مثلا- يجعل ابتداء النفقة من تاريخ انتهاء الشهرين.
و لو أعلمته بحالها من غير توسط الحاكم، و أثبتت ذلك لكفى، و استحقت النفقة من التاريخ المذكور.
١٣- لو طلبت الزوجة من القاضى ان يفرض النفقة على الزوج، و لم تعين زمنا لابتداء النفقة يحكم لها من تاريخ الطلب بعد التثبت من تحقق الشروط، و إذا عينت أمدا قبل تاريخ الطلب فهل يحكم لها بالنفقة الماضية عن زمن الطلب؟

قال الحنفية: لا يطالب الزوج بالنفقة الماضية، بل تسقط بمضى المدة إلا إذا كانت دون شهر، أو كان القاضى قد حكم بها، فإن النفقة المحكوم بها تبقى دينا فى ذمة الزوج مهما طال الزمن.
و قال المالكية: إذا طالبت الزوجة بالنفقة الماضية، و كان زوجها موسرا فى تلك المدة فلها حق الرجوع عليه، و ان لم يفرضها، أما إذا كان معسرا لا يستطيع الإنفاق فليس لها ان ترجع عليه، لأن العسر عندهم يسقط النفقة، و إذا أعسر بعد اليسر سقط عنه زمن العسر فقط، أما زمن اليسر فهو باق فى ذمته.
و قال الإمامية و الشافعية و الحنابلة: تثبت نفقة الزوجة دينا فى ذمته متى تحققت الشروط مهما طال الزمن، و سواء أ كان موسرا أم معسرا، حكم بها القاضى أم لم يحكم.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۹۱

تقدير النفقة

اشارة

اتفقوا على أن نفقة الزوجة تجب بأنواعها الثلاثة: المأكل، و الملبس، و المسكن، و اتفقوا أيضا على أن النفقة تقدر بنفقة اليسار إذا كان الزوجان موسرين، و بنفقة الإعسار إذا كانا معسرين، و المراد بيسر الزوجة و عسرها يسر أهلها و عسرهم، و مستوى حياتهم و معيشتهم.
و اختلفوا فيما إذا كان أحد الزوجين موسرا، و الآخر معسرا، فهل تقدر بحال الزوج فقط، فيفرض لها نفقة يسار، ان كان موسرا، و هى معسرة، و نفقة إعسار، ان كان معسرا، و هى موسرة، أو تقدر بحسب حالهما معا، فيفرض لها نفقة الوسط بين الإعسار و الإيسار؟
قال المالكية و الحنابلة: إذا اختلف الزوجان غنى و فقرا أخذ بالحالة الوسطى بين الحالين.
و قال الشافعية: تقدر النفقة بحسب حال الزوج يسرا و عسرا و لا ينظر إلى حال الزوجة، هذا بالقياس إلى المأكل و الملبس، أما المسكن فيجب أن يكون لائقا بها عادة، لا به هو (الباجورى ج ۲ ص ۱۹۷ طبعة ۱۳۴۳ ه).
و للحنفية قولان: أحدهما اعتبار حال الزوجين، و الآخر اعتبار حال
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۹۲
الزوج فقط.
و أكثر فقهاء الإمامية أطلقوا القول بأن النفقة تقدر بما تحتاج إليه الزوجة من طعام و أدام و كسوة و إسكان و إخدام و آلة أدهان تبعا لعادة أمثالها من أهل بلدها، و بعضهم صرح بأن المعتبر حال الزوج دون حال الزوجة.
و مهما يكن، فلا بد أن نأخذ حالة الزوج المادية بعين الاعتبار، كما صرح القرآن الكريم لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ. وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمّا آتاهُ اللّهُ. لا يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلّا ما آتاها. أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ.
و فى القانون المصرى رقم ۲۵ لسنة ۱۹۲۹ «تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا و عسرا، مهما كانت حالة الزوج».
و من هنا يتبين أن تقديم الخادم، و ثمن التبغ، و أدوات الزينة، و أجرة الخياطة، و ما إلى ذلك لا بد أن يراعى فيه أمران: حال الزوج، و عادة أمثالها، فإذا طلبت أكثر من عادة أمثالها فلا يلزم الزوج إجابتها موسرا كان أو معسرا، و إذا طلبت ما يطلبه أمثالها

يلزم به الزوج مع اليسر، و لا يلزم به مع العسر. و هنا مسائل:

ثمن الدواء:

إذا احتاجت الزوجة إلى الدواء، أو إلى عملية جراحية، فهل يلزم الزوج بثمن الدواء، و أجرة العملية؟

و يجرنا الجواب إلى البحث: هل يعد التطبيب من جملة النفقة أو هو خارج عنها؟ و إذا رجعنا إلى النصوص وجدنا القرآن الكريم يوجب رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ و الأحاديث تقول: «على الزوج أن يسد جوعتها، و يستر عورتها» و لا ذكر في الكتاب و السنة للدواء و العلاج. أما الفقهاء

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۹۳

فقد حددوا النفقة بالمأكل و الملبس و المسكن، و لم يتعرضوا للتطبيب، بل منهم من صرح بعدم وجوبه على الزوج. فقد جاء في كتاب «الفقه على المذاهب الأربعة» نقلا عن الحنفية «إن الدواء و الفاكهة لا تجبان على الزوج في حال التنازع.» و في كتاب «الجواهر» للإمامية ج ۵ «لا تستحق الزوجة على زوجها الدواء للمرض، و لا أجرة الحجامة، و لا الحمام إلا مع البرد». و قال السيد أبو الحسن في كتاب «الوسيلة»:

إذا كان الدواء من النوع الذي تكثر الحاجة إليه بسبب الأمراض التي قلما يخلو منها إنسان فهي من النفقة الواجبة على الزوج، و إذا كان من العلاجات الصعبة التي قلما تقع، و تحتاج الى مال كثير فليست من النفقة في شيء، و لا يلزم بها الزوج.

هذا ملخص ما اطلعت عليه من أقوال الفقهاء. و قد يقال بأن علاج الأمراض اليسيرة، كالملاريا و الرمد يدخل في النفقة، كما قال صاحب الوسيلة، أما العمليات الجراحية التي تحتاج الى المال الكثير فينبغي فيها التفصيل، فان كان الزوج فقيرا و الزوجة غنية فعليها، و ان كان غنيا، و هي فقيرة فعليه، و لو من باب ان الزوج أولى الناس بزوجته و الإحسان إليها، لأنها شريكة حياته، و ان كانا فقيرين تعاونا معا.

و على أية حال، فان الشرع لم يحدد النفقة، و انما أوجبها على الزوج، و ترك تقديرها الى أهل العرف، و علينا نحن، و الحال هذه، ان نرجع إليهم، و لا نحكم بوجوب شيء على الزوج الا بعد العلم بأنه من النفقة في نظرهم، و ليس من شك ان أهل العرف يذمون الزوج القادر، و يستنكرون عليه إذا أهمل زوجته المحتاجة إلى العلاج، و تركها بدون تطبيب، تماما كما يذمون الوالد إذا أهمل أولاده المرضى مع قدرته على شراء الدواء، و أجرة الطبيب.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۹۴

نفقة النفاس:

نفقة النفاس الضرورية، و أجرة التوليد على الزوج إذا دعت الحاجة إليه.

تعديل النفقة:

إذا فرض القاضي مبلغا من المال، أو تراضى عليه الزوجان عوضا عن النفقة يجوز تعديله بالزيادة، أو النقصان تبعا لتغير الأسعار، أو تبدل أحوال الزوج يسرا و عسرا.

مسكن الزوجة:

قال الإمامية و الحنفية و الحنابلة: يجب أن يكون مسكن الزوجة لائقا بحالهما معا، خاليا من أهله و ولده و غيرهم الا برضاها.
و قال المالكية: إذا كانت الزوجة وضيعة لا قدر لها فليس لها الامتناع من السكن مع أقارب الزوج: و إذا كانت شريفة فلها الامتناع عن السكن معهم إلا إذا اشترط عليها ذلك أثناء العقد، فيجب حينئذ أن تسكن فى دار أهله على أن يفرض لها غرفة تستطيع الخلوة بنفسها ساعة تشاء، و أن لا تتضرر بإساءة أهله إليها.
و قال الشافعية: يجب لها مسكن يليق بحالها هى، لا بحاله هو، و لو كان معدما.
و الحق انه لا بد من اعتبار حال الزوج فى كل ما يعود إلى النفقة من غير فرق بين المأكل و الملبس و المسكن، لقوله تعالى أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ على شريطة ان تستقل بالمسكن، و لا تتضرر بسبب سكناها فيه.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٣٩٥

الزوجة العاملة:

صرح الحنفية بأن المرأة إذا كانت عاملة لا تستقر فى البيت فلا نفقة لها إذا طلب منها الزوج القرار، و لم تجبه الى طلبه. و يتفق هذا مع ما صرحت به بقية المذاهب من عدم جواز خروجها من بيته إلا بإذنه، بل صرح الشافعية و الحنابلة بأنها لو خرجت بإذنه لحاجة لها تسقط نفقتها، كما قدمنا.
و لكن النظر الصائب يستدعى التفصيل بين العالم حين العقد بأنها عاملة تمنعها مهنتها من الاستقرار فى البيت، و بين الجاهل بذلك حين العقد، فإذا علم، و سكت و لم يشترط عليها الترك، فلا يحق له، و الحال هذه، أن يطلب إليها ترك العمل، و إذا طلب، و لم تجب فلا تسقط نفقتها، لأنه أقدم على هذا الأساس، و ان كثيرا من الرجال يتزوجون المحترفات رغبة فى استثمارهن حتى إذا عجزوا عن تحقيق هذه الرغبة طلبوا إليهن ترك العمل بقصد الإضرار.
أما إذا كان جاهلا حين العقد بأنها عاملة فله ان يطلب إليها الترك، فان لم تمتثل فلا نفقة لها عليه.

ضامن النفقة:

هل للزوجة أن تطالب الزوج بضامن يضمن نفقتها المستقبلة إذا عزم على السفر، و لم يصحبها معه و لم يترك لها شيئا؟
قال الحنفية و المالكية و الحنابلة: لها ذلك، و عليه ان يقدم ضامنا للنفقة، و إلا جاز لها أن تطلب منعه من السفر، بل قال المالكية:
لها أن تطالبه بأن يدفع النفقة مقدما إذا ادعى أنه يريد السفر المعتاد، و إذا اتهمته بأنه يريد سفرا طويلا غير معتاد كان لها حق المطالبة بأن
الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٣٩٦
يدفع معجلا نفقة السفر المعتاد، و يأتى بضامن لما زاد عن العادة.
و قال الإمامية و الشافعية: ليس لها أن تطلب ضامنا للنفقة المستقبلة، لأنها لم تثبت بعد فى ذمة الزوج، و لأنها عرضة لعدم الثبوت بالنشوز أو الطلاق أو الموت.

و الذی أراه أن لها الحق بطلب الضامن، لأن سبب الضمان متحقق، و هو أن تكون الزوجة غیر ناشزة، و لذا قال الشیخ أحمد کاشف الغطاء فی کتاب «سفینة النجاة» باب الضمان: «و لكن القول بالصحة ان لم یکن إجماعا لیس ببعید، فتضمن نفقة الزوجة للمستقبل کالماضی و الحال».

و إذا وصل الأمر إلی الإجماع یهون عند الإمامیة، لأن کل إجماع ینعقد بعد عهد الأئمة یمکن الطعن فیه علی أصولهم، فإذا احتملنا ان مستند الإجماع إیمان المجمعین بأن النفقة لم تثبت بعد فی الذمة، و کل ما هو کذلك لا یصح ضمانه- إذا احتملنا هذا سقط الاستدلال بالإجماع لعروض الاحتمال، و نظر إلی القاعدة التی استندوا إلیها فی ذاتها:

هل هی صحیحة، و منطبقة علی ما نحن فیه أو لا؟ و قد بینا أن وجود السبب کاف فی الضمان، و علی هذا یحق للزوجة أن تطلب ضامنا لنفقتها إذا أراد السفر و بخاصة إذا کان غیر مأمون تدل سیرته علی عدم شعوره بالمسؤولیة.

اختلاف الزوجین:

إذا اختلف الزوجان فی الإنفاق، مع اعتراف الزوج بأنها تستحق النفقة، فقالت هی: لم ینفق. و قال هو: أنفقت. قال الحنفیة و الشافعیة و الحنابلة: القول قول المرأة، لأنها منکرة، و الأصل معها.

و قال الإمامیة و المالکیة: ان کان مقیما معها فی بیت واحد فالقول

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۹۷

قوله، و إلا فالقول قول المرأة.

و إذا اعترف الزوج بعدم الإنفاق متذرعا بعدم استحقاقها النفقة و عدم تسلیم نفسها الیه فالقول قول الزوج عند الجمیع، و هذه المسألة فرع عن اتفاق المذاهب علی ان المهر یثبت بالعقد، و یستقر بکامله بالدخول، أما النفقة فلا تثبت بمجرد العقد، بل لا بد من تسلیم نفسها للزوج، و قد جرت عادة المحاکم الشرعیة السنیة و الشیعیة فی لبنان إذا اختلف الزوجان فی النشوز، فادعی هو أنها ناشزة، و ادعت هی ان النشوز منه لا منها أن تأمر المحکمة الزوج بإیجاد البیت اللائق، ثم تدعوها للمساکنة فیه، فإن امتنع هو عن إیجاد البیت اعتبر النشوز منه، و ان أوجده بکامل شروطه، و امتنعت هی عن المساکنة و المتابعة اعتبر النشوز منها.

دعوی الزوجة الطرد:

إذا خرجت الزوجة من بیت الزوج مدعیة الطرد، و أنکر هو فعلیها البینة، و علیه الیمین، حیث لا یجوز لها الخروج إلا بمبرر، و قد ادعت وجوده فعلیها الإثبات.

تلف النفقة:

إذا دفع الزوج لزوجته نفقة الأیام المقبلة، ثم سرقت أو تلفت فی یدها، فلا یجب علی الزوج الدفع ثانیة، سواء أ کان ذلك لسبب قهری أو بتهاون منها.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۹۸

دین الزوج علی الزوجة:

لو كان للزوج دين على زوجته، و أراد أن يحتسبه من نفقتها الحاضرة أو المستقبلة، فهل له ذلك؟
لقد تعرض فقهاء الإمامية لهذا الغرض، و قالوا: إذا كانت الزوجة موسرة و امتنعت عن الوفاء يجوز له أن يقاصها يوما فيوما، أى يجعل ماله عليها من دين نفقة لها فى كل يوم على حدة، أما إذا كانت معسرة فلا يجوز له ذلك، لأن وفاء الدين انما يكون فيما يفضل عن قوت يوم و ليلة.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۳۹۹

نفقة الأقارب

اشارة

من هم الذين تجب النفقة لهم و عليهم؟ و ما هى شروط الوجوب؟

تحديد نفقة القريب:

الحنفية- يرون الشرط الأساسى لوجوب نفقة القريب على قريبه أن تكون القرابة موجبة لحرمة الزواج، بحيث لو فرض ان أحد القريبين رجلا و الآخر امرأة لامتنع الزواج بينهما للقرابة، فيشمل الوجوب الآباء و ان علوا، و الأبناء و ان نزلوا، و يشمل أيضا الاخوة و الأخوات، و الأعمام و العمات، و الأخوال و الخالات، لأن الزواج ممتنع بين هؤلاء جميعا.
و يقدم الأقرب فالأقرب دون أى اعتبار لاستحقاق الإرث، فلو وجد واحد من العمودين، و هم الآباء و الأبناء، تجب عليه النفقة، و ان لم يستحق الإرث، و لا تجب على واحد من الحاشية، و ان كان وارثا، فلو كان لإنسان ابن بنت، و أخ لوجبت النفقة على ابن البنت دون الأخ، مع ان الإرث كله للأخ، و لا شيء لابن البنت (الدرر فى شرح الغرر ج ۱ باب النفقات)
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۰۰
و كذلك يقدم الأقرب على الأبعد فى المرتبة الواحدة، و ان كان الأقرب غير وارث، و الأبعد هو الوارث، فلو كان لطفل أب لجده أبى أبيه، و جد لأمه فإن النفقة تجب على جده لأمه دون أب الجد لأبيه، مع ان الوارث هو ابن الجد، لا الجد من جهة الأم، و السر أن أب الأم أقرب، و ان لم يكن وارثا، و أب الجد أبعد، و ان كان وارثا. و قالوا: على الابن الموسر نفقة زوجة أبيه المعسر، و عليه أيضا تزويجه مع الحاجة الى الزوجة.
المالكية- قالوا: تجب النفقة على الأبوين و الأولاد من الصلب فقط دون بقية الأصول و الفروع، فلا تجب على الولد نفقة جده، و لا جدته لا من جهة الأب و لا من جهة الأم، كما لا تجب على الجد نفقة ابن الابن و لا بنت الابن. و بالجملة ينحصر وجوب النفقة فى الأبوين و الأبناء الأدنين دون آباء الآباء و أبناء الأبناء.
و قالوا: يجب على الولد الموسر أن ينفق على خادم والديه المعسرين و ان لم يحتاجا اليه، و لا تجب على الأب نفقة خادم الابن، و يجب على الولد أيضا ان ينفق على زوجة أبيه و خادمها، و ان يزوج أباه بواحدة، أو أكثر ان لم تكفه الواحدة.
الحنابلة- قالوا: تجب النفقة على الآباء و لهم، و ان علوا، و على الأبناء و لهم، و ان نزلوا، سواء أ كانوا محجوبين أو وارثين، و تجب أيضا لغير العمودين من الحواشى بشرط أن يكون المنفق وارثا للمنفق عليه بفرض أو تعصيب، أما إذا كان القريب من غير عمودى النسب محجوبا فلا تجب عليه النفقة، فلو كان له ابن فقير، و أخ موسر فلا نفقة عليهما، لأن عسر الابن ينفى عنه وجوب

النفقة، و الأخ و ان كان موسرا إلا انه محجوب بالابن (المغنى ج ۷ باب النفقات).
و قالوا: يجب على الابن ترويج أبيه، و نفقة زوجته، كما يجب على الأب تزويج ابنه إذا كان محتاجا إلى الزواج.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۰۱
الإمامية و الشافعية- قالوا: تجب على الأبناء نفقة الآباء و ان علوا ذكورا كانوا أو اناثا، و تجب على الآباء نفقة الأبناء و ان نزلوا ذكورا كانوا أو اناثا، و لا يتعدى وجوب النفقة الى غير عمودى النسب كالاخوة و الأعمام و الأخوال.
و لكن الشافعية ذهبوا إلى أن على الأب أن يزوج الابن مع غنى الأب، و فقر الابن و حاجته إلى الزواج، و ان على الابن ان يزوج أباه المعسر ان احتاج إلى الزواج، و ان كل من وجبت نفقته فقد وجبت نفقة زوجته (مقصد البينة باب نفقة الأقارب).
و قال أكثر الإمامية: لا يجب تزويج من وجبت نفقته والدا كان أو ولدا، كما انه لا يجب على الابن أن ينفق على زوجة أبيه ان لم تكن اما، و لا على الأب ان ينفق على زوجة ابنه، لأن الأدلة التى أوجبت النفقة لا تشمل زوجة الأب، و لا زوجة الابن، و الأصل عدم الوجوب.

شروط الوجوب:

يشترط لوجوب نفقة القريب على قريبه شروط:
۱- أن يكون المنفق عليه محتاجا، فلا يجب الإنفاق على غير المحتاج. و اختلفوا فى المحتاج الذى يقدر على الاكتساب، و لم يكتسب، هل يجب الإنفاق عليه؟
قال الحنفية و الشافعية: لا يشترط العجز عن التكسب فى وجوب النفقة على الآباء و الأجداد، فتجب نفقتهم على الأبناء، و ان كانوا قادرين على العمل، و أهملوا، أما غير الآباء و الأجداد من القادرين فلا تجب نفقتهم، بل يلزمون بالتكسب، و من أهمل و تكاسل فقد جنى على
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۰۲
نفسه، و لكن الشافعية قالوا بالنسبة إلى البنت: تجب نفقتها على الأب حتى تتزوج.
و قال الإمامية و المالكية و الحنابلة: من كان قادرا على الكسب اللائق بوضعه و مكانته، ثم أهمل فلا تجب نفقته على أحد أبا كان أو اما أو ابنا، و قال المالكية فى البنت ما قاله الشافعية و السر انهم كانوا يعتبرون الأنثى فى العهد السابق عاجزة عن العمل- فى الغالب.
۲- ان يكون المنفق موسرا بالاتفاق ما عدا الحنفية فإنهم قالوا:
يشترط يسار المنفق فى وجوب نفقة الأقارب غير الأصول و الفروع، اما إنفاق أحد الأبوين على ابنه، و إنفاق الابن على أحد أبويه فلا يشترط فيه اليسار، و انما الشرط هو القدرة بالفعل أو بالاكتساب، فالأب القادر على العمل يحكم عليه بنفقة ابنه، و كذلك الابن بالنسبة إلى الأب إلا إذا كان الأب أو الابن فقيرا و عاجزا عن التكسب، كالأعمى و من اليه.
و قد اختلفوا فى حد اليسار الذى يجب معه الإنفاق على القريب، فقال الشافعية: ان يفضل عنه مؤنته و مؤنة زوجته و أولاده يوما و ليلة.
و قال المالكية: يستثنى مع ذلك نفقة دابته و خادمه.
و قال الإمامية و الحنابلة: أن يفضل عن نفقته و نفقة زوجته فقط، و على هذا تكون نفقة الآباء و الأبناء فى منزلة واحدة.

و اختلفت آراء الحنفیة فی تحدید الیسار، فمنهم من قال: أن یکون مالکا لنصاب الزکاة. و قال آخر: أن یملک من المال ما یحرم علیه أخذ الزکاة. و فصل ثالث بین المزارع و العامل، فالأول یستثنی له و لعیاله نفقة شهر، و الثانی یستثنی نفقة یوم و لیلة.

٣- یشترط الاتحاد فی الدین، فلو کان أحدهما مسلما، و الآخر غیر مسلم فلا تجب النفقة عند الحنابلة (المغنی ج ٧).

و قال المالکیة و الشافعیة و الإمامیة: لا یشترط الاتحاد فی الدین، فالمسلم

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤٠٣

ینفق علی قریبه غیر المسلم، کما هی الحال فی نفقة الزوجة إذا کانت کتابیة، و الزوج مسلما.

و قال الحنفیة: لا- یشترط الاتحاد فی الدین بین الآباء و الأبناء، أما بین غیرهم من الأقارب فاتحاد الدین شرط، فلا ینفق الأخ المسلم علی غیر المسلم، و بالعکس (أبو زهرة).

تقدیر نفقة القریب:

الواجب فی نفقة القریب سد الحاجة الضروریة من الخبز و الإدام و الکسوة و المسکن، لأنها وجبت لحفظ الحیاة، و دفع الضرورة، فتقدر بقدرها (المغنی ج ٧ و الجواهر ج ٥).

اختلاف الأقارب:

قال المالکیة: لا تجب نفقة الأبوین علی الابن إلا إذا ثبت فقرهما بشهادة عدلین، و لا یکفی عدل و امرأتان، و لا عدل و یمین.

و قال الشافعیة: یصدق الأب بلا یمین إذا ادعی الحاجة.

و قال الحنفیة: الأصل هو الإعسار، حتی یقوم الدلیل علی خلافه، فإذا ادعی طالب النفقة الإعسار فالقول قوله بیمینه، و علی المطلوب منه أن یثبت یسار الطالب، و إذا ادعی المطلوب منه الإعسار فالقول قوله بیمینه، و علی الطالب إثبات الیسار، و إذا کان الیسار ثابتا فی الماضی، ثم ادعی طروء الإعسار أخذ بالحالة السابقة، حتی یثبت العکس و الإمامیة یوافقون الحنفیة علی هذا، لأنه وفق القواعد الشرعیة إلا إذا کان لمدعی الفقر مال ظاهر، فترد حینئذ دعواه، و یؤخذ بقول من یقول بیساره.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤٠٤

قضاء نفقة الأقارب:

اتفقوا علی ان نفقة الأقارب لا تقضی إذا لم یقدرها القاضی، لأنها للمواساة وسد الخلة الذی لا یمکن تدارکه بفوات الأوان، و اختلفوا فیما إذا قدرها، و أمر بها، فهل یجب القضاء بعد أمر القاضی، أو انها تسقط، کما لو لم یأمر بها أصلا؟

قال المالکیة: إذا أمر القاضی بنفقة القریب، و تجمدت فإنها لا تسقط.

و قال الإمامیة و الحنفیة و بعض الشافعیة: إذا أمر القاضی باستدانتها، و استدانها القریب فعلا فیجب القضاء، أما إذا لم یأمر بها، أو أمر، و لم تحصل الاستدانة فإنها تسقط. و اشترط الحنفیة لوجوب القضاء بعد الأمر أن تکون النفقة دون الشهر، فإذا أمر القاضی و مضی شهر علی استحقاقها فلا یحق للقریب أن یطالب بنفقة الشهر الذی مضی، و له أن یطالب بنفقة الشهر الحالی.

و ینبغی التنبیه إلی أن القریب لو حصل علی نفقة یوم أو أکثر بطریق الدعوی، أو الهدیة، أو من الزکاة، و غیر ذلک یسقط من نفقته بمقدار ما حصل له، حتی و لو کان القاضی قد أمر بها.

ترتيب من تجب نفقتهم:

قال الحنفية: إذا كان من تجب عليه النفقة واحدا أداها، و ان تعدد من تجب عليهم، و كانوا فى درجة واحدة و قوة واحدة كابنين أو بنتين فإن النفقة تكون عليهم بالتساوى، حتى و لو تفاوتوا فى الثروة مع ثبوت اليسار «١» و إذا اختلفت درجاتهم فى القرابة أو فى قوتها فهنا قد اضطربت

---

(١) ان بعض القضاة يوزعون نفقة القريب على من تجب نفقته عليهم كلا بحسب ثروته، فلو كان للأب المعسر ولدان أحدهما فى ثراء ضخم، و الآخر فى غنى، و لكن دون أخيه ثراء يحملون الأول أكثر من الثانى. و الحنفية لا يعتبرون هذا التفاوت فى الثراء، و يساوون بين الاثنين ما دام أصل اليسار متحققا، و هذا حق تقضيه القواعد الشرعية، و عبارة صاحب الجواهر تشعر به حيث قال: «لو كان له ابن موسر فعلا، و الآخر مكتسب كانا سواء لإطلاق الأدلة».

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤٠٥

أقوال فقهاء الحنفية فى ترتيب من تجب عليهم النفقة (الأحوال الشخصية أبو زهرة).

و قال الشافعية: إذا احتاج انسان، و له أب و جدّ موسران فالنفقة على الأب وحده، و إذا كان له أم و أم أم فالنفقة على الأم وحدها، و إذا كان له أب و أم فالنفقة على الأب، و إذا كان له جد و أم فالنفقة على الجد، و إذا كان له أم أب و أم أم قيل هما سواء، و قيل النفقة على أم الأب (مقصد النبيه نفقة الأقارب).

و قال الحنابلة: إذا لم يكن للصبى أب فالنفقة على وارثه، فإن كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر ارثهما منه، و ان كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم، على قدر إرثهم منه، فإذا كان له أم و جدّ فعلى الأم الثلث، و الباقى على الجد، لأنهما يرثانه كذلك (المغنى ج ٧).

و قال الإمامية: تجب نفقة الولد على الأب، فإن فقد أو كان معسرا فعلى الجد من جهة الأب، فإن فقد أو كان معسرا فعلى الأم، ثم على أبيها و أمها، و أم الأب. و هؤلاء الثلاثة، أى الجد و الجدة من جهة الأم، و الجدة من جهة الأب يشتركون جميعا فى الإنفاق على الولد بالسوية، ان كانوا موسرين، و إذا أيسر بعض دون بعض وجبت النفقة على الموسر منهم خاصة.

و إذا كان للقريب المعسر أب و ابن، أو أب مع بنت وزعت النفقة عليهما بالسوية، و كذا إذا كان له أبناء متعددون توزع النفقة عليهم بالسوية و ان اختلفوا ذكورا و اناثا. و بالجملة فإن الإمامية يراعون فى الترتيب الأقرب فالأقرب، و مع التساوى فى الدرجة يوزعون النفقة بالسوية من غير فرق بين الذكور و الإناث و لا بين الفروع و الأصول إلا فى تقديم الأب و الجد من جهته على الأم.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤٠٩

الطلاق

المطلق

اشارة

يشترط فى المطلق شروط:

۱- البلوغ، فلا يصح طلاق الصبى، و ان كان مميزا بالاتفاق ما عدا الحنابلة فإنهم قالوا: يقع طلاق المميز، و ان كان دون عشر سنين.

۲- العقل، فلا يصح طلاق المجنون مطبقا كان أو دوريا حال جنونه، و لا المغمى عليه، و لا الذى غاب عقله بسبب الحمى فصار يهذى، و اختلفوا فى السكران، فقال الإمامية: لا يصح طلاقه بحال.

و قال الأربعة «۱»: يصح إذا تناول المسكر المحرم باختياره، أما من شرب مباحا فعاب عقله، أو أكره على الشرب فلا يقع طلاقه.

و يصح طلاق الغضبان مع تحقق قصد الطلاق، و إذا خرج عن شعوره و إدراكه بالمرة يكون حكمه حكم المجنون.

۳- الاختيار، فلا يقع طلاق المكره بالاتفاق، لحديث «رفع عن

---

(۱) صرح الحنفية و المالكية بصحة طلاق السكران، و عن الشافعى و احمد قولان أرجحهما انه يقع.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۱۰

أمتى الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه» ما عدا الحنفية فإنهم قالوا:

يقع طلاق المكره.

و العمل فى محاكم مصر على عدم الأخذ بطلاق المكره و السكران.

۴- القصد، فلو نطق بالطلاق سهوا أو غلطا أو هزلا فلا يقع الطلاق عند الإمامية.

و قال أبو زهرة فى ص ۲۸۳ «يقع فى المذاهب الحنفى طلاق كل شخص ما عدا الصغير و المجنون و المعتوه، فيقع طلاق الهازل و السكران من محرم و المكره». و قال فى ص ۲۸۶: «من المقرر فى المذهب الحنفى ان طلاق المخطئ و الناسى يقع» و فى ۲۸۴ «و قد وافق مالك و الشافعى أبا حنيفة و أصحابه بالنسبة للهازل، و خالفه أحمد، فلم يقع طلاقه عنده». و قال ابن رشد فى بداية المجتهد ج ۲ ص ۷۴: «قال الشافعى و أبو حنيفة: لا يحتاج الطلاق إلى نية».

و روى الإمامية عن أهل البيت «لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق.

لا طلاق إلا بنية». و قال صاحب الجواهر: لو أوقع الطلاق، و بعد النطق بالصيغة قال: لم أقصد الطلاق يقبل منه ما دامت المرأة فى العدة، لأنه اخبار عن نيته التى لا تعلم إلا من قبله.

طلاق الولى:

قال الإمامية و الحنفية و الشافعية: ليس للأب ان يطلق عن ابنه الصغير، لحديث: «الطلاق لمن أخذ بالساق». و قال المالكية: للأب أن يخالع زوجة ولده الصغير. و عن أحمد روايتان.

و قال الإمامية: إذا بلغ الصبى فاسد العقل فلأبيه أو جده من جهة الأب أن يطلق عنه مع وجود المصلحة، فإن لم يكن أب وجد لأب طلق عنه الحاكم، و قدمنا ان الإمامية يجيزون لزوجة المجنون ان تفسخ الزواج.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۱۱

و قال الحنفية: إذا تضررت زوجة المجنون من معاشرته، رفعت أمرها إلى القاضى، و طلبت منه الفراق، و للقاضى أن يطلق لدفع الضرر عن الزوجة، و ليس لأب الزوج آية سلطة.

و اتفق الجميع على أن السفيه يصح طلاقه و خلعه «۱».

المطلقة:

يشترط فى المطلقة أن تكون زوجة باتفاق الجميع، و اشترط الإمامية خاصة لصحة طلاق المدخول بها غير الآئسة و الحامل أن تكون فى طهر لم يواقعها فيه، فلو طلقت، و هى فى الحيض أو فى النفاس أو فى طهر المواقعة فسد الطلاق.

قال الرازى فى تفسير الآية ۱ من سورة الطلاق يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ قال ما نصه بالحرف: «أى لزمان عدتهن، و هو الطهر بإجماع الأمة، و قال جماعة من المفسرين: الطلاق للعدة أن يطلقها طاهرة من غير جماع، و بالجملة فالطلاق حال الطهر لازم، و إلا لا يكون سنيا، و الطلاق فى السنة إنما يتصور فى البالغة المدخول بها غير الآئسة و الحامل». إذ لا سنة فى الصغيرة، و غير المدخول بها و الآئسة و الحامل.

و هذا عين ما تقوله الإمامية.

---

(۱) قال الأستاذ الخفيف فى كتاب فرق الزواج ص ۵۷: «يرى الإمامية جواز طلاق السفيه باذن وليه كما نص على ذلك فى شرح شرائع الإسلام» و لا وجود لهذا النص فى الكتاب المذكور عن الجواهر لأن صاحب الكتاب ينقل عنه فى غير مكان بل لا وجود لهذا النص فى جميع كتب الإمامية، و الموجود فى شرح شرائع الإسلام ان له ان يطلق بدون اذن الولى. راجع الجواهر ج ۴ باب الحجر.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۱۲

و فى كتاب المغنى ج ۷ ص ۹۸ الطبعة الثالثة «معنى طلاق السنة الطلاق الذى وافق أمر اللّه تعالى، و أمر رسوله (ص)، و هو الطلاق فى طهر لم يصبها فيه» و فى ص ۹۹ من الكتاب المذكور «ان طلاق البدعة هو أن يطلقها حائضا أو فى طهر أصابها فيه، و لكن إذا فعل اثم، و وقع فى قول عامة أهل العلم، قال ابن المنذر و ابن عبد البر:

لم يخالف ذلك إلا أهل البدع و الضلالة»!!! و إذا كان اتباع أمر اللّه و سنة نبيه بدعة و ضلالة فينبغى أن يكون اتباع الشيطان سنة و هداية!!! و مهما يكن، فإن السنة و الشيعة قد اتفقوا على ان الإسلام قد نهى عن طلاق الزوجة البالغة المدخول بها غير الحامل إذا كانت غير طاهر، أو فى طهر واقعها فيه، و لكن السنة قالوا: ان النهى للتحريم لا للفساد، و ان من أوقع الطلاق بدون تحقق الشروط يأثم و يعاقب، و لكن يصح طلاقه. و قال الشيعة ان النهى للفساد لا للتحريم، لأن مجرد التلفظ بالطلاق غير محرم، و انما القصد وقوع الطلاق لغوا كأنه لم يكن، تماما كالنهى عن بيع الخمر و الخنزير، فإن التلفظ بالبيع لا يحرم، بل لا يتحقق النقل و الانتقال.

ثم ان الإمامية أجازوا طلاق خمس من الزوجات فى الحيض أو فى غيره:

۱- الصغيرة التى لم تبلغ التاسعة.

۲- التى لم يدخل بها الزوج ثيبا كانت أو بكرا، حصلت الخلوة بها، أو لم تحصل.

۳- الآئسة، و هى البالغة سن الخمسين ان كانت غير قرشية و الستين ان تكنها.

۴- الحامل.

۵- التى غاب عنها زوجها شهرا كاملا، على أن يقع الطلاق

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۱۳

حال غيابه عنها بحيث يتعذر عليه معرفة حالها: هل هى فى حيض أو فى طهر، و المحبوس كالغائب.

و قال الإمامية: ان الزوجة التى فى سن من تحيض، و لا ترى الدم خلقة، أو لمرض، أو نفاس لا يصح طلاقها إلا بعد أن يمسك عنها الزوج ثلاثة أشهر، و تسمى هذه بالمسترابة.

الصيغة:

قال الإمامية: لا يقع الطلاق إلا بصيغة خاصة، و هى أنت (طالق) أو فلانة طالق، أو هى طالق، فلو قال: الطالق أو المطلقة أو طلقت أو الطلاق أو من المطلقات، و ما إلى ذلك لم يكن شيئا، حتى و لو نوى الطلاق، لأن هيئة (طالق) لم تتحقق، و ان تحققت المادة، و يشترط أن تكون الصيغة فصيحة غير ملحونة و لا مصحفة، و أن تكون مجردة عن كل قيد حتى و لو كان معلوم التحقق مثل إذا طلعت الشمس و نحو ذلك.

و لو خير زوجته، و قصد تفويض الطلاق إليها، فاختارت نفسها بقصد الطلاق لا يقع عند المحققين من الإمامية، و كذلك لا يقع لو قيل له: هل طلقت زوجتك؟ فقال: نعم قاصدا إنشاء الطلاق.

و لو قال: أنت طالق ثلاثا، أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق تقع طلقة واحدة مع تحقق الشروط. و لا يقع الطلاق بالكتابة و لا بالإشارة إلا من الأخرس العاجز عن النطق. و لا يقع بغير العربية مع القدرة على التلفظ بها. و الأولى للأعجمى و الأخرس أن يوكلا بالطلاق عنهما ان أمكن. و كذلك لا يقع الطلاق عند الإمامية بالحلف و اليمين، و لا بالنذر و العهد، و لا بشىء الا بلفظ (طالق) مع تحقق الشروط و القيود.

قال صاحب الجواهر نقلا عن الكافى: «ليس الطلاق إلا كما روى

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۱۴

بكير بن أعين، و هو أن يقول لها، و هى طاهر من غير جماع: أنت (طالق) و يشهد شاهدين عدلين، و كل ما سوى ذلك فهو ملغى» ثم نقل صاحب الجواهر عن الانتصار إجماع الإمامية على ذلك.

و بالتالى، فان الإمامية يضيقون دائرة الطلاق إلى أقصى الحدود، و يفرضون القيود الصارمة على المطلق و المطلقة، و صيغة الطلاق و شهوده، كل ذلك لأن الزواج عصمة و مودة و رحمة، و ميثاق من اللّه، قال تعالى فى الآية (۲۰) من سورة النساء وَ قَدْ أَفْضىٰ بَعْضُكُمْ إِلىٰ بَعْضٍ وَ أَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثٰاقاً غَلِيظاً و فى الآية (۲۱) من سورة الروم وَ مِنْ آيٰاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوٰاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهٰا وَ جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً. و فى الآية (۱۰) من سورة الممتحنة وَ لٰا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوٰافِرِ.

اذن لا يجوز بحال ان ننقض هذه العصمة و المودة و الرحمة، و هذا العهد و الميثاق الا بعد ان نعلم علما قاطعا لكل شك بأن الشرع قد حل الزواج، و نقضه بعد ان أثبته و أبرمه.

و لكن المذاهب الأخرى قد أجازت الطلاق بكل ما دل عليه لفظا و كتابة، و صراحة و كناية مثل أنت على حرام، و أنت بتلة و برية، و اذهبى فتزوجى، و حبلك على غاربك، و الحقى بأهلك، و ما الى ذلك. كما أجازت أن يكون الطلاق مطلقا و مقيدا مثل ان خرجت من الدار فأنت طالق، و ان كلمك أباك فأنت طالق، و ان فعلت انا كذا فأنت طالق، و كل امرأة أتزوجها فهى طالق، فيقع الطلاق بمجرد حصول العقد عليها، و ما إلى ذلك مما لا يتسع له المقام. و قد أجازت المذاهب أيضا الطلاق بتفويضه إلى المرأة و إلى غيرها، كما أجازت وقوع الطلاق ثلاثا بلفظ واحد. و قد سوّد فقهاء المذاهب الصفحات الطوال العراض التى لا طائل تحتها إلا هدم كيان الأسرة، و وضعها فى كف

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۱۵

عفريت «۱».

و قـد أحسـنت الحكومـة المصـرية بأخـذها فى كثير من شؤون الطلاق بالمـذهـب الإمامى. هذا، و ان المذاهب الأربعة لم تشترط الاشهاد لصحة الطلاق بخلاف الإمامية، حيث اعتبروه ركنا من أركانه، و نحن ندع الكلام فيه إلى الشيخ «أبو زهرة».

الاشهاد على الطلاق:

قال الشيخ أبو زهرة فى الأحوال الشخصية ص ٣٦٥:
قال فقهاء الشـيعة الإماميـة الاثنا عشـرية و الإسـماعيلية: ان الطلاق لا يقع من غير إشـهاد عدلين، لقوله تعالى فى أحكام الطلاق و إنشائه فى سورة الطلاق وَ أَشْـهِدُوا ذَوَىْ عَـدْلٍ مِنْكُمْ وَ أَقِيمُوا الشَّهادَةَ لِلّهِ ذلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كانَ يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ، وَ مَنْ يَتَّقِ اللّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً، وَ يَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لا يَحْتَسِبُ. فهـذا الأمر بالشـهادة جاء بعـد ذكر إنشاء الطلاق، و جواز الرجعـة، فكان المنـاسب ان يكون راجعـا اليه و ان تعليـل الاشـهاد بـأنه يوعـظ به من كـان يؤمن بـاللّه و اليوم الآخر، يرشـح ذلك و يقويه، لأن حضور الشـهود العـدول لا يخلو من موعظة حسـنة يزجونها إلى الزوجين، فيكون لهما مخرج من الطلاق الذى هو أبغض الحلال إلى اللّه سبحانه و تعـالى. و انه لـو كـان لنـا ان نختـار للمعمول به فى مصـر لاخترنـا هـذا الرأى، فيشـترط لوقوع الطلاـق حضور شاهدين عدلين.
و كما فرض الإمامية قيودا على المطلق و المطلقة و الصيغة فقد فرضوا

---

(١) نقـل صـاحب «تأسـيس النظر» عن الامام مالک انه قال: لو عزم الرجل ان يطلق امرأته يقع الطلاق بنفس العزم، و ان لم ينطق به. ص ۴۹ الطبعة الاولى.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ۴۱۶

قيودا ايضا على الشـهادة، و حكموا بأنه لو كملت جميع الشـروط، و لم يسـمع إنشاء الطلاق شاهـدان عـدلان لم يقع الطلاق، فلا يكفى شاهد واحد و لو كان بدلا بل «معصوما» «١»، و لا ان يشهد أحدهما بالإنشاء و الآخر بالإقرار، و لا شهادة جماعة و لو بلغوا حد الشياع و أفادوا العلم، و لا شهادة النساء منفردات و لا منضمات إلى الرجال، كما انه لو طلق ثم اشهد لم يكن شيئا.

إذا طلق السنى زوجته الشيعية:

إذا كان الزوج سـنيا، و الزوجـة شـيعية «و طلقها طلاقا معلقا، أو فى طهر المقاربة، أو فى حال الحيض أو النفاس، أو بغير شاهدين عدلين، أو حلف عليها بالطلاق، أو طلقها بقوله: حبلک على غاربک، و ما إلى ذلک مما هو صحيح عند السنة فاسد عند الشيعة، فهل يحكم الشيعة بصحة هذا الطلاق، و تكون المطلقة على هذه الحال خلية يجوز التزويج بها بعد انقضاء العدة؟
الجواب:
لقد أجمع الإمامية كلمة واحدة على إلزام كل طائفة بما تدين «٢» و ترتيب آثار الصحة على بيوعات اتباعها و ميراثهم و زواجهم و طلاقهم إذا أوقعوها على وفق شـريعتهم، فقـد ثبتت الروايـة على أئمـة أهل البيت «ألزموهـم من ذلک ما ألزموا أنفسـهم». و فى رواية أخرى ان الامام الصادق سئل عن امرأة طلقها سنى على غير السنة التى هى شرط فى

---

(١) التعبير بلفظ معصوم لصاحب الجواهر.

(٢) فى كتاب «تأسيس النظر» لأبى زيد الدبوسى الحنفى: ان الأصل عند أبى حنيفة ان يترك أهل الذمة على ما يعتقدون و يدينون، و عند صاحبيه ابى يوسف و محمد لا يتركون.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤١٧

صحة الطلاق عند الشيعة، فقال: «تتزوج، و لا تترك المرأة من غير زوج». و فى رواية ثالثة «يجوز على أهل كل دين ما يستحلون» و فى رابعة «من دان بدين قوم لزمته أحكامهم». (الجواهر ج ٥ مبحث صيغة الطلاق).

و عليه إذا طلق الشيعى زوجته السنية حسب ما تعتقد هى لا ما يعتقد هو فالطلاق فاسد، و إذا طلق السنى زوجته الشيعية على ما يعتقد هو فالطلاق صحيح.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤١٨

الطلاق رجعى و بائن

اشارة

ينقسم الطلاق إلى رجعى و بائن، و اتفقوا على ان الطلاق الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج الرجوع إلى المطلقة ما دامت فى العدة، سواء أ رضيت أم لم ترض، و من شرطه ان تكون المرأة مدخولا بها، لأن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها، لقوله تعالى فى الآية ٤٩ من سورة الأحزاب يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا. و من شرط الطلاق الرجعى ايضا ان لا يكون على بذلك مال، و ان لا يكون مكملا للثلاث.

و المطلقة الرجعية بحكم الزوجة، و للمطلق كل حقوق الزوج فيحصل التوارث بين الزوجين لو مات أحدهما قبل انتهاء العدة، و لا يحل المهر المؤجل لأقرب الأجلين إلا بعد مضى العدة دون ان يرجعها المطلق إلى عصمته، و بالجملة فالطلاق الرجعى لا يحدث شيئا سوى عدّه من الطلقات الثلاث.

اما الطلاق البائن فلا يملك فيه المطلق الرجوع إلى المطلقة، و هو يشمل عددا من المطلقات:

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤١٩

١- غير المدخول بها بالاتفاق.

٢- المطلقة ثلاثا بالاتفاق.

٣- الطلاق الخلعى، و قال بعضهم انه فسخ و ليس بطلاق.

٤- الآئسة عند الإمامية خاصة، حيث قالوا: لا عدة عليها، و ان حكمها حكم غير المدخول بها، اما الآية ٤ من سورة الطلاق: وَ اللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ، وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ فليس المراد من اللائى يئسن المعلوم يأسهن، بل معناه ان اللائى ارتفع حيضهن، و لا تدرون هل انقطع لمرض أو لكبر فعدتهن ثلاثة أشهر، فالشك لم يكن فى حكم من علم يأسهن، بل فى من شك بيأسهن، بدليل قوله تعالى إِنِ ارْتَبْتُمْ حيث لم يعرف من طريقة الشارع إذا أراد ان يبين حكما من الأحكام ان يقول: ان شككتم بحكم هذا الشىء فحكمه كذا، فتعين ان يكون المراد إذا شككتم فى نفس المرأة أنها آيسة أو غير آيسة فحكمها ان تعتد ثلاثة أشهر، و اما قوله و اللائى لم يحضن فالمراد به الشابات اللائى هن فى سن من تحيض، و مع ذلك انقطع عنهن الدم خلقة أو لعارض. و قد ثبت عن أئمة أهل البيت روايات كثيرة تفسر الآية بهذا المعنى.

٥- قال الحنفية: الخلوة بالزوجة من دون دخول توجب العدة، و لكن لا يجوز للمطلق الرجوع إليها أثناء العدة، لأنها بائنة، و قال

الحنابلة: الخلوة كالدخول تماما بالنسبة إلى وجوب العدة و جواز الرجوع.

و قدمنا انه لا أثر للخلوة عند الإمامية و الشافعية.

٦- قال الحنفية: إذا قال لها: أنت طالق طلاقا بائنا، أو طلقة شديدة، أو كالجبل، أو أفحش الطلاق، أو أشده: و ما إلى ذلك يكون الطلاق بائنا لا يحق للمطلق أن يرجع أثناء العدة، و كذلك يكون الطلاق بائنا، إذا طلقها بألفاظ الكنايات التى تدل على الانفصال فى الحال، كانت بتة و بتلة و برية.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤٢٠

المطلقة ثلاثا:

اتفقوا على ان من طلق زوجته ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا، و يدخل بها المحلل حقيقة، لقوله تعالى فى الآية ٢٣٠ من سورة البقرة فَإِنْ طَلَّقَهٰا فَلٰا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّٰى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ.

و اشترط الإمامية و المالكية أن يكون المحلل بالغا. و اكتفى الحنفية و الشافعية و الحنابلة بأن يكون قادرا على الجماع، و ان كان دون البلوغ.

و قال الإمامية و الحنفية: إذا اشترط التحليل أثناء العقد، كما لو قال:

تزوجتك على أن أحللك لمطلقك يبطل الشرط، و يصح العقد. و لكن الحنفية قالوا: إذا خافت المرأة ان لا يطلقها المحلل فيمكنها أن تقول له: زوجتك نفسى على أن يكون أمر طلاقى بيدى، فيقول لها: قبلت هذا الشرط، و حينئذ يصح العقد، و يكون لها الحق فى تطليق نفسها متى أرادت. أما إذا قال لها هو: تزوجتك على ان يكون أمرك بيدك فان النكاح يصح، و يلغى الشرط.

و قال المالكية و الشافعية و الحنابلة: يبطل العقد بالمرة إذا اشترط فيه التحليل. بل قال المالكية و الحنابلة: لو قصد التحليل، و لم يتلفظ به يبطل العقد.

و اشترط المالكية و بعض الإمامية ان يطأها الزوج الثانى وطءا حلالا، كأن تكون خالية من الحيض و النفاس، و ان لا يكونا صائمين صيام رمضان، و لكن أكثر الإمامية على عدم اعتبار هذا الشرط، لأن الوطء فى هذه الحال، و ان كان محرما فإنه كاف فى التحليل.

و مهما يكن، فمتى تزوجت بآخر، و فارقها بموت أو طلاق و انقضت عدتها جاز للأول أن يعقد عليها من جديد، فإذا عاد و طلق ثلاثا تحرم عليه حتى تنكح غيره، و هكذا تحرم بعد كل طلاق ثالث، و تحل بنكاح المحلل، و ان طلقت مائة مرة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤٢١

و لكن الإمامية قالوا: إذا طلقت تسع مرات للعدة، و تزوجت مرتين فإنها تحرم مؤبدا، و معنى طلاق العدة عندهم ان يطلقها، ثم يراجعها، و يطأها، ثم يطلقها فى طهر آخر، ثم يراجعها، و يطأها ثم يطلقها و يحللها المحلل، و بعد ان يتزوجها الأول بعقد جديد يطلقها ثلاثا للعدة، ثم يحللها المحلل، ثم يتزوجها الأول، فإذا طلقها ثلاثا، و تم طلاق العدة تسع مرات حرمت على المطلق تسعا إلى الأبد، اما إذا لم يكن الطلاق للعدة، كما لو طلقها، ثم راجعها، ثم طلقها قبل الدخول، فإنها لا تحرم مؤبدا، بل تحل بمحلل، و ان بلغت الطلقات ما لا يحصيه العد.

الشك فى عدد الطلاق:

اتفقوا على ان من شك فى عدد الطلاق: هل وقع مرة أو أكثر يبنى على الأقل ما عدا المالكية فإنهم قالوا: يغلب جانب الطلاق، و يبنى على الأكثر.

اخبار المطلقة بالتحليل:

قال الإمامية و الشافعية و الحنفية: لو طلقها ثلاثا، و غاب عنها، أو غابت عنه مدة، ثم ادعت انها تزوجت، و فارقها الزوج الثانى، و مضت العدة، و كانت المدة تتسع لذلك كله يقبل قولها بلا يمين، و للأول ان يتزوجها إذا اطمأن إلى صدقها و لا يجب عليه الفحص و البحث، (الجواهر و ابن عابدين و مقصد النبيه).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌٢، ص: ٤٢٢

الخلع

اشارة

الخلع ابانه الزوجة على مال تفتدى به نفسها من الزوج و هنا مسائل:

هل يشترط فى الخلع كراهية الزوجة للزوج؟

إذا تراضيا على الخلع، و بذلت مالا كى يطلقها، و الحال عامرة، و الأخلاق ملتئمة بينهما، فهل تصح المخالعة؟

قال الأربعة: يصح الخلع، و تترتب عليه جميع الأحكام و الآثار، و لكنهم قالوا: انه مكروه «١».

و قال الإمامية: لا يصح الخلع، و لا يملك المطلق الفدية، و لكن يصح الطلاق، و يكون رجعيا مع اجتماع شرائطه، و استدلوا بأحاديث عن أئمة أهل البيت، و بالآية ٢٢٩ من سورة البقرة فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّا يُقِيما حُدُودَ اللّهِ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ حيث علقت الآية جواز الفدية على الخوف من الوقوع فى المعصية إذا استمرت الزوجية.

(١) فرق الزواج للأستاذ الخفيف ص ١٥٩ طبعة ١٩٥٨.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌٢، ص: ٤٢٣

المخالعة على أكثر من المهر:

اتفقوا على ان الفدية يجب أن تكون ذات قيمة، و انه يجوز أن تكون بمقدار المهر أو أقل أو أكثر.

شروط عوض الخلع:

قال الأربعة: يصح الخلع مع غير الزوجة، فإذا قال أجنبى للزوج:

طلق امرأتك بألف عليّ، و طلقها على ذلك صح، و ان لم تعلم الزوجة، و لم تر بعد العلم، و وجب على الأجنبى ان يدفع المبلغ

للمطلق (رحمة الأمة و فرق الزواج للأستاذ الخفيف).

و قال الإمامية: لا يصح الخلع، و لا يجب على الأجنبى ان يدفع شيئا. أجل، يصح أن يضمن الأجنبى الفدية بأذنها، فيقول للزوج طلقها بكذا، و عليّ ضمان المبلغ بعد ان تأذن هى بذلك، فان طلق على هذا الشرط وجب على الضامن ان يدفع المبلغ للمطلق، و يرجع به على المطلقة.

ثم إن كل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون فدية فى الخلع بالاتفاق، و لا يشترط ان يكون معلوما بالتفصيل إذا آل أمره إلى العلم، مثل اخلعنى على ما فى البيت أو فى الصندوق أو على ميراثى من أبى أو ثمرة بستانى.

و إذا وقع الخلع على ما لا يملك كالخمر و الخنزير قال الحنفية و المالكية و الحنابلة: إذا كانا يعلمان بالتحريم يصح الخلع، و لا يستحق المطلق شيئا، فيكون خلعا بلا عوض. و قال الشافعية: يصح، و لها مثل المهر (المغنى ج ۷).

و قال أكثر الإمامية: يبطل الخلع، و يقع الطلاق رجعيا إذا كان

موردا له، و الا كان بائنا، و فى جميع الحالات لا يستحق المطلق شيئا.

و إذا خالعها على ما يعتقد انه حلال، فتبين انه حرام، كما لو قالت له: اخلعنى على هذا الدن من الخل فظهر خمرا قال الإمامية و الحنابلة: يرجع عليها بمثله خلا. و قال الحنفية: يرجع عليها بالمهر المسمى. و قال الشافعية: يرجع عليها بمهر المثل.

و إذا خالعته على مال باعتقاد انه لها فبان لغيرها، قال الحنفية و أكثر الإمامية: إذا أجاز المالك صح الخلع، و أخذ الزوج المال، و ان لم يجز كان له البدل من المثل أو القيمة. و قال الشافعية: له مهر المثل استنادا إلى قاعدة عندهم، و هى «متى ذكر بدل فاسد يبطل البدل، و يثبت مهر المثل». (مقصد النبيه) و قال المالكية: يقع الطلاق بائنا، و يبطل العوض، و ليس للمطلق شىء حتى و لو أجاز المالك (الفقه على المذاهب الأربعة ج ۴).

و إذا خالعته على إرضاع ولده و نفقته مدة معينة صح و لزمها القيام بالرضاع و النفقة بالاتفاق. و صرح الحنفية و المالكية و الحنابلة بأنه يصح للحامل ان تخالع زوجها على نفقة الحمل الذى فى بطنها، تماما كما تصح المخالعة على نفقة الولد الموجود. و لم أر فيما لدى من مصادر الإمامية و الشافعية من تعرض لذلك، و لكن القواعد الشرعية لا تمنع منه، لأن السبب موجود، و هو الحمل، و لأن تعهدها بمنزلة الشرط على نفسها بأن الولد إذا خلق حيا لزمها ان تقوم بإرضاعه و نفقته مدة معينة. و المسلمون عند شروطهم ما لم يحلل الشرط حراما، أو يحرم حلالا، و هذا الشرط سائغ فى نفسه، و لا يستدعى أى لازم باطل، و يجب الوفاء لأنه أخذ فى عقد لازم. اما الجهل بكونه يولد حيا أو ميتا، و على فرض انه ولد حيا ربما لا يبقى المدة المتفق عليها، اما هذا الجهل فيغتفر فى الخلع.

و أقصى ما يمكن ان يبرر به المنع و عدم الجواز هو قياس التعهد بالنفقة على الإبراء منها، فإذا كان الإبراء منها غير جائز لأنه إسقاط

لغير الواجب، فكذلك التعهد بالنفقة لا يجوز، لأنها غير واجبة فعلا.

و لكن الفرق كبير جدا بين التعهد و الإبراء إذ لا بد ان يكون الإبراء من شىء موجود و متحقق بالفعل، اما التعهد فلا يلزم فيه ذلك. هذا و قد سبق الكلام فى باب الزواج عن الخلع على إسقاط حق الأب أو الأم على حضانة الولد.

(فرع) إذا خلعها على نفقة الولد، ثم عجزت عن الإنفاق عليه، فلها مطالبة أبيه بالنفقة، و يجبر عليها، و لكنه يرجع على الأم إذا أيسرت، و إذا مات الولد أثناء المدة المعينة كان للمطلق استيفاء المدة الباقية منها، لعموم قوله تعالى فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ و الأولى

للمرأة ان تتعهد برضاع الولد و نفقته فى المدة المعينة ما دام حيا، و حينئذ لا يحق للمطلق الرجوع عليها بشىء إذا مات الولد.

شروط الزوجة المخالعة:

اتفقوا على ان الزوجة المخالعة يجب ان تكون بالغة عاقلة، و اتفقوا ايضا على ان السفيهة لا يصح خلعها من غير اذن الولى، و اختلفوا فى صحة الخلع إذا أذن لها الولى، فقال الحنفية: إن التزم الولى الأداء من ماله الخاص صح الخلع، و إلا بطل البذل، و وقع الطلاق على أصح الروايتين (أبو زهرة).

و قال الإمامية و المالكية: مع اذن الولى لها بالبذل يصح الخلع من مالها هى لا ماله هو (الجواهر و الفقه على المذاهب الأربعة).

و قال الشافعية و الحنابلة: لا يصح الخلع من السفيهة مطلقا، اذن الولى لها أو لم يأذن، و استثنى الشافعية صورة واحدة، و هى إذا خشى الولى ان يبدد الزوج أموالها، فحينئذ يأذن لها الولى بالاختلاع منه صيانة لمالها. ثم ان الشافعية قالوا: يفسد الخلع، و يقع الطلاق رجعيا. و قال

الحنابلة: لا يقع خلعا و لا طلاقا إلا ان ينوى الزوج الطلاق من الخلع، أو يكون الخلع بلفظ الطلاق.

و إذا خالعت المرأة، و هى فى مرض الموت صح الخلع عند الجميع، و لكن اختلفوا فيما إذا بذلت أكثر من ثلث مالها، أو كان المبذول أكثر من ميراثه منها على فرض موتها فى العدة، و قلنا بالتوارث بينهما فى هذه الحال.

قال الإمامية و الشافعية: ان خالعته بمهر مثلها جاز، و نفذ من الأصل اما إذا زاد عن مهر المثل فتخرج الزيادة من ثلث المال.

و قال الحنفية: يصح الخلع، و يستحق المطلق العوض بشرط ان لا- يزيد عن الثلث، و لا عن نصيبه فى الميراث ان ماتت أثناء العدة، أى يأخذ أقل المقادير الثلاثة من بدل الخلع و ثلث التركة، و نصيبه من الميراث، فإذا كان بدل الخلع ۵، و نصيبه ۴، و الثلث ۳ استحق ۳.

و قال الحنابلة: إذا خالعته بمقدار ميراثه منها فما دون صح بكل ما خالعته عليه، و ان خالعته بزيادة بطلت الزيادة فقط (المغنى ج ۷).

ثم ان الإمامية اشترطوا فى المختلعة جميع ما اشترطوه فى المطلقة من كونها فى طهر لم يواقعها فيه إذا كانت مدخولا بها، و غير آيسة و لا حامل، و لا صغيرة دون التسع، كما اشترطوا لصحة الخلع وجود شاهدين عدلين، أما بقية المذاهب فيصح الخلع عندها على آية حال تكون عليها المختلعة تماما كالمطلقة.

شروط الزوج المخالع:

اتفقوا على اشتراط البلوغ و العقل فى الزوج ما عدا الحنابلة فإنهم قالوا: يصح الخلع من المميز كما يصح منه الطلاق. و تقدم فى أول الطلاق ان الحنفية يجيزون طلاق الهازل و المكره و السكران، و ان الشافعية

و المالكية يوافقونهم فى طلاق الهازل. و يصح الخلع مع الغضب إذا لم يكن رافعا للقصد.

و اتفقوا على صحة الخلع من السفيه، و لكن المال يسلم الى وليه، و لا يصح تسليمه له.

اما الخلع من المريض مرض الموت فيصح بلا ريب، لأنه لو طلق بغير عوض لصح، فالطلاق بعوض أولى.

صيغة الخلع:

أجاز الأربعة ان تكون الصيغة باللفظ الصريح، كالخلع و الفسخ، و بالكناية مثل بارأتک و أبنتک، و قال الحنفية: يجوز بلفظ البيع و الشراء، فيقول الزوج للزوجة: بعتک نفسک بكذا. فتقول هی: اشتريت.

أو يقول لها: اشترى طلاقک بكذا. فتقول قبلت. و كذلک عند الشافعية يصح ان يكون الخلع بلفظ البيع.

و أجاز الحنفية التعليق و الخيار، و الفاصل بين البذل و الخلع فلو كان الزوج غائبا، و بلغه انها قالت: اختلعت نفسی بكذا و قبل لصح.

و كذلک عند المالكية لا يضر الفاصل.

و يصح الخلع عند الحنابلة من دون نية إذا كان اللفظ صريحا كالخلع و الفسخ و المفاداة. و لكنهم اشترطوا اتحاد المجلس و عدم التعليق.

و قال الإمامية: لا يقع الخلع بلفظ الكناية، و لا بشیء من الألفاظ الصريحة إلا بلفظتين فقط، و هما الخلع و الطلاق، فان شاء جمع بينهما معا، أو اكتفى بواحدة. فتقول هی: بذلت لک كذا لتطلقنی.

فيقول هو: خلعتک على ذلک فأنت طالق. و هذه الصيغة هی الأحوط

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۲۸

و الأولى عند جميع الإمامية. و يكفی ان يقول لها: أنت طالق على ذلک، أو خلعتک على ذلک، و يشترط الإمامية الفور و عدم الفاصل بين البذل و الخلع و ان يكون الخلع مطلقا غير معلق على شیء، تماما كما هی الحال فی الطلاق.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۲۹

العدة

اشارة

أجمع المسلمون كافة على وجوب العدة فی الجملة، و الأصل فيه الكتاب و السنة، فمن الكتاب قوله تعالى وَ الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ و من السنة قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: لفاطمة بنت قيس: «اعتدى فی بيت ابن أم مكتوم». و يقع الكلام فی عدة من فارقها الزوج بطلاق أو فسخ، و فی عدة المتوفى عنها زوجها، و فی عدة من وطئت بشبهة، و استبراء الزانية و فی عدة زوجة المفقود.

عدة المطلقة:

اتفقوا على ان المطلقة قبل الدخول و الخلوة لا عدة عليها، و قال الحنفية و المالكية و الحنابلة: ان خلا بها الزوج و لم يصبها، ثم طلقها فعليها العدة، تماما كالمدخول بها. و قال الإمامية و الشافعية: لا أثر للخلوة. و تقدمت الإشارة إلى ذلک، كما أشرنا- عند تقسيم الطلاق إلى رجعی و بائن- إلى رأی الإمامية من عدم وجوب العدة على الآية المدخول بها، و ما استندوا اليه من الدليل.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۳۰

و كل فرقة بين زوجين ما عدا الموت فعدتها عدة الطلاق، سواء أ كانت بخلع أو لعان أو بفسخ بعيب أو انفساخ برضاع أو

اختلاف دين «۱».

و مهما يكن، فقد اتفقوا على وجوب العدة على من طلقت بعد الدخول، و انها تعتد بواحد من ثلاثة على التفصيل التالى:

۱- تعتد بوضع الحمل بالاتفاق إذا كانت حاملا لقوله تعالى:

وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ و إذا كان الحمل أكثر من واحد فلا تخرج من العدة إلا بوضع الأخير بالإجماع. و اختلفوا فى السقط إذا لم يكن مخلقا، أى تام الخلقة، قال الحنفية و الشافعية و الحنابلة:

لا تخرج من العدة بانفصاله عنها. و قال الإمامية و المالكية: بل تخرج، و لو كان قطعة لحم ما دام مبدأ انسان.

و أقصى مدة الحمل عند الحنفية سنتان، و عند الشافعية و الحنابلة أربع، و عند المالكية خمس كما فى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، و عن مالك أربع كما فى كتاب المغنى، و تقدم التفصيل فى باب الزواج.

و الحامل لا يمكن أن تحيض عند الحنفية و الحنابلة، و يمكن ان تحيض عند الإمامية و الشافعية و المالكية.

۲- أن تعتد بثلاثة أشهر هلالية، و هى التى بلغت، و لم تر الحيض أبدا، و التى بلغت سن اليأس «۲»، و حد اليأس عند المالكية سبعون سنة، و عند الحنابلة خمسون، و عند الحنفية خمس و خمسون، و عند الشافعية اثنتان و ستون على الأصح، و عند الإمامية ستون للقرشية و خمسون لغيرها.

---

(۱) قال الإمامية: إذا ارتد الزوج، و كان ارتداده عن فطرة اعتدت زوجته عدة وفاة، و ان كان ارتداده عن ملة اعتدت عدة طلاق.

(۲) تقدم ان الإمامية لا يوجبون العدة على الآية، و لكنهم قالوا: إذا طلقها، و رأت حيضة ثم يئست أكملت العدة بشهرين. و قال الأربعة: بل تستأنف العدة بثلاثة أشهر، و لا تحسب الحيضة من العدة.

أما الزوجة المدخول بها قبل أن تكمل التسع فقال الحنفية: تجب عليها العدة، و لو كانت طفلة. و قال المالكية و الشافعية: لا تجب العدة على الصغيرة التى لا تطيق الوطء، و تجب على من تطيقه، و ان كانت دون التسع. و قال الإمامية و الحنابلة: لا تجب العدة على من لم تكمل التسع، و ان طاقت الوطء (الفقه على المذاهب الأربعة ج ۴ مبحث عدة المطلقة الآئسة).

۳- تعتد بثلاثة قروء، و هى من أكملت التسع و لم تكن حاملا، و لا آيسة، و كانت من ذوات الحيض بالاتفاق. و قد فسر الإمامية و المالكية و الشافعية القرء بالطهر، فإذا طلقها فى آخر لحظة من طهرها احتسب من العدة، و أكملت بعده طهرين. و فسره الحنفية و الحنابلة بالحيض فلا بد من ثلاث حيضات بعد الطلاق، و لا يحتسب حيض طلقت فيه (مجمع الأنهر).

و إذا أخبرت المطلقة التى اعتدت بالأقراء بانقضاء عدتها تصدق إذا مضت مدة تحتمل انقضاء العدة، و أقل ما تصدق به المعتدة بالأقراء ستة و عشرون يوما عند الإمامية، و لحظتان بأن يقدر أنه طلقها فى آخر لحظة من الطهر، ثم تحيض ثلاثة أيام، و هى أقل مدة الحيض، ثم ترى أقل الطهر و هو عشرة أيام عند الإمامية، ثم تحيض ثلاثة أيام، ثم ترى أقل الطهر عشرة أيام، ثم تحيض، فبمجرد رؤية الدم الأخير تخرج من العدة، و اللحظة الأولى من الحيض الثالث لا بد منها للعلم بتمامية الطهر الأخير. و دم النفاس عند الإمامية كدم الحيض، و عليه يمكن أن تنقضى العدة بثلاثة و عشرين يوما، كما إذا طلقها بعد الوضع و قبل رؤية الدم، و بعد الطلاق رأت الدم لحظة، ثم مضى أقل الطهر عشرة أيام، ثم أقل الحيض ثلاثة، ثم أقل الطهر عشرة، فيكون المجموع ثلاثة و عشرين يوما.

و أقل ما تصدق به عند الحنفية تسعة و ثلاثون يوما بأن يقدر انه طلقها

فى آخر الطهر، و يقدر أقل مدة للحيض، و هى ثلاثة أيام، و أقل مدة الطهر، و هى خمسة عشر يوما عند الحنفية. فثلاث حيضات بتسعة أيام يتخللها طهران بثلاثين يوما فيكون المجموع تسعة و ثلاثين.

طول عدة:

قدمنا انها إذا بلغت، و لم تر الدم أصلا فعدتها ثلاثة أشهر بالإجماع، أما إذا رأته، ثم انقطع عنها بسبب رضاع أو مرض فقال الحنابلة و المالكية: تعتد سنة كاملة. و قال الشافعى فى الجديد من أحد قوليه:

بل تبقى فى العدة أبدا حتى تحيض، أو تبلغ سن الإياس، و تعتد بعدها بثلاثة أشهر (المغنى ج ۷ باب العدد).

و قال الحنفية: إذا حاضت مرة واحدة، ثم انقطع عنها الحيض لمرض أو رضاع، و لم تره أبدا فلا تنقضى عدتها حتى تبلغ سن اليأس، و عليه فقد تبلغ العدة عند الحنفية و الشافعية أكثر من ۴۰ سنة (الفقه على المذاهب الأربعة ج ۴ مبحث عدة المطلقة إذا كانت من ذوات الحيض).

و قال الإمامية: إذا انقطع الحيض عنها لعارض بعد رؤيته ثم طلقت تعتد بثلاثة أشهر، كالتى لم تر الحيض أصلا، و إذا عاد إليها بعد الطلاق تعتد بأسبق الأمرين من ثلاثة أشهر بيض، أو ثلاثة أقراء، بمعنى انه مضى لها ثلاثة أقراء قبل ثلاثة أشهر انقضت عدتها، و ان مضى ثلاثة أشهر بيض قبل ان تتم الأقراء انقضت عدتها أيضا، و ان رأت الحيض قبل انقضاء الأشهر الثلاثة و لو بلحظة صبرت تسعة أشهر، و لا يجديها نفعا ان تمر بعد ذلك ثلاثة أشهر بلا دم، و بعد انتهاء الأشهر التسعة فإن وضعت قبل انتهاء السنة خرجت من العدة، و كذلك إذا حاضت و أتمت الأطهار، و إذا لم تلد، و لم تتم الأقراء قبل سنة اعتدت

بثلاثة مضافة إلى التسعة، فيكون المجموع سنة كاملة، و هذه أطول عدة عند الإمامية «۱».

عدة الوفاة:

اتفقوا على ان عدة المتوفى عنها زوجها، و هى غير حامل أربعة أشهر و عشرة أيام كبيرة كانت أو صغيرة، آيسة أو غيرها دخل بها أو لم يدخل، لقوله تعالى وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْوٰاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً. هذا إذا حصل لها الجزم بأنها غير حامل، أما إذا ظنت أو احتملت الحمل فعليها الانتظار حتى تضع أو يحصل الجزم بعدم الحمل عند كثير من فقهاء المذاهب.

و قال الأربعة: ان عدة الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضى بوضع الحمل، و لو بعد وفاته بلحظة، بحيث يحل لها ان تتزوج بعد انفصال الحمل، و لو قبل دفن زوجها، لقوله تعالى وَ أُولٰاتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ.

و قال الإمامية: ان عدتها أبعد الأجلين من وضع الحمل، و الأربعة أشهر و عشرة أيام، فإن مضت الأربعة و العشرة قبل الوضع اعتدت بالوضع، و ان وضعت قبل مضى الأربعة و العشرة اعتدت بالأربعة و العشرة، و استدلوا على ذلك بضرورة الجمع بين آية يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً و آية أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، فالآية الأولى جعلت العدة أربعة و عشرة، و هى تشمل الحامل و غير الحامل، و الثانية

---

(۱) نقل صاحب الجواهر و صاحب المسالك المشهور على ذلك عملا بخبر سودة بن كليب، و قد أطال الكلام فى هذه

المسألة، و نقلا أقوالا غير مشهورة، و كثير من فقهاء الإمامية تجاهلها و أهملها.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۳۴

جعلت عدة الحامل وضع الحمل، و هى تشمل المطلقة و من توفى عنها الزوج، فيحصل التنافى بين ظاهر الآيتين فى المرأة الحامل التى تضع قبل الأربعة و العشرة فبموجب الآية الثانية تنتهى العدة، لأنها وضعت الحمل، و بموجب الآية الأولى لا تنتهى لأن الأربعة و العشرة لم تنته. و يحصل التنافى أيضا إذا مضت الأربعة و العشرة و لم تضع، فبموجب الآية الأولى تنتهى العدة، لأن مدة الأربعة و العشرة مضت، و بموجب الآية الثانية لم تنته، لأنها لم تضع الحمل، و كلام القرآن واحد يجب ان يلائم بعضه بعضا. و إذا جمعنا الآيتين هكذا وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْوٰاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً، وَ أُولاٰتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ يكون المعنى ان عدة الوفاة أربعة أشهر و عشرة أيام لغير الحامل، و للحامل التى تضع قبل مضى الأربعة و العشرة، و تكون عدة الوفاة للحامل التى تضع بعد مضى الأربعة و العشرة وضع الحمل.

و إذا قال قائل: كيف جعل الإمامية عدة الحامل المتوفى عنها الزوج أبعد الأجلين من وضع الحمل و الأربعة و العشرة مع ان آية وَ أُولاٰتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ صريحة بأن الحامل تنتهى عدتها بوضع الحمل. اجابه الإمامية: كيف قال الأربعة: ان عدة الحامل المتوفى عنها الزوج سنتان إذا استمر الحمل هذه المدة مع ان آية وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْوٰاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً صريحة بأن العدة أربعة و عشرة و إذا قال القائل: عملا بآية أولات الأحمال، قال الإمامية عملا بآية و الذين يتوفون. إذن لا مجال للعمل بالآيتين إلا القول بأبعد الأجلين.

و اتفقوا على وجوب الحداد على المتوفى عنها زوجها كبيرة كانت أو صغيرة، مسلمة أو غير مسلمة، ما عدا الحنفية فإنهم ذهبوا الى عدم وجوبه على الذمية و الصغيرة، لأنهما غير مكلفتين.

و معنى الحداد ان تجتنب المرأة الحادة على زوجها كل ما يحسنها،

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۳۵

و يرغب فى النظر إليها، و يدعو الى اشتهائها، و تشخيص ذلك يعود الى أهل العرف.

قال الإمامية: ان مبدأ عدة الطلاق من حين وقوعه حاضرا كان الزوج أو غائبا، و مبدأ عدة الوفاة من حين بلوغها الخبر إذا كان الزوج غائبا، أما إذا كان حاضرا، و افترض عدم علمها بموته إلا بعد حين فمبدأ العدة من حين الوفاة على ما هو المشهور بين فقهاء الإمامية.

و اتفقوا على ان المطلقة طلاقا رجعيا إذا توفى زوجها، و هى فى أثناء العدة فعليها أن تستأنف عدة الوفاة من حين موته، سواء أ كان الطلاق فى حال مرض الموت، أو فى حال الصحة، لأن العصمة بينها و بين المطلق لم تنقطع بعد، أما لو كان الطلاق بائنا فينظر، فان كان قد طلقها فى حال الصحة أتمت عدة الطلاق، و لا عدة عليها بسبب الموت بالاتفاق، حتى و لو كان الطلاق بدون رضاها، و كذلك الحال إذا طلقها فى مرض الموت بطلب منها، أما إذا طلقها فى مرضه بدون طلب منها، ثم مات قبل ان تنتهى العدة فهل تتحول الى عدة الوفاة كالرجعية، أو تستمر فى عدة الطلاق؟

قال الإمامية و المالكية و الشافعية: تمضى فى عدة الطلاق، و لا تتحول الى عدة الوفاة.

و قال الحنفية و الحنابلة: بل تتحول الى عدة الوفاة. فتلخص ان المطلقة الرجعية تستأنف عدة الوفاة إذا توفى المطلق قبل انتهاء العدة، و البائنة تستمر فى عدة الطلاق باتفاق الجميع ما عدا الحنفية و الحنابلة فإنهم استثنوا من البائنة ما إذا وقع الطلاق فى مرض موت المطلق بدون رضى المطلقة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۳۶

عدة وطء الشبهة:

قال الإمامية ان عدة وطء الشبهة كعدة المطلقة، فإن كانت حاملا اعتدت بوضع الحمل، و ان كانت من ذوات القروء اعتدت بثلاثة منها، و إلا فبثلاثة أشهر بيض، و الشبهة عندهم الوطء الذى يعذر فيه صاحبه، و لا يجب عليه الحد، سواء أ كانت الموطوءة ممن يحرم العقد عليها كأخت الزوجة و المتزوجة أو كانت ممن يحل عليها العقد كالأجنبية الخلية. و قريب من هذا قول الحنابلة حيث ذهبوا الى أن كل وطء يوجب العدة مهما كان نوعه، و لا يختلفون عن الإمامية إلا فى بعض التفاصيل و تأتى الإشارة إليها عند الكلام على عدة الزانية.

و قال الحنفية: تجب العدة بوطء الشبهة، و بالعقد الفاسد، و لا تجب بالعقد الباطل، و مثال الشبهة ان يطأ نائمة بشبهة انها زوجته، و العقد الفاسد ان يعقد على امرأة يحل له العقد عليها، و لكن لم تتحقق بعض الشروط المعتبرة، كما لو جرى العقد بدون شهود، و العقد الباطل ان يعقد على امرأة من محارمه كأخته و عمته. و عدة وطء الشبهة عندهم ۳ حيضات ان كانت تحيض و الا فثلاثة أشهر ان لم تكن حاملا، و ان تكنها فبوضع الحمل (ابن عابدين و أبو زهرة و الفقه على المذاهب الأربعة).

و قال المالكية: تستبرئ بقدر العدة ثلاثة قروء و ان لم تحض فبثلاثة أشهر، و ان حاملا فبوضع الحمل.

و مهما يكن، فإذا مات الواطئ بشبهة فلا تعتد المرأة عدة وفاة، لأن العدة للوطء، لا للعقد.

عدة الزانية:

قال الحنفية و الشافعية و أكثر الإمامية: لا تجب العدة من الزنا، لأنه لا حرمة لماء الزانى، فيجوز العقد على الزانية، و وطؤها، و ان كانت

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۳۷

حاملا، و لكن الحنفية قالوا: يجوز العقد على الحبلى من الزنا، و لا يجوز وطؤها، بل يدعها حتى تلد.

و قال المالكية: الوطء بالزنا تماما كالوطء بالشبهة، فتستبرئ بقدر العدة إلا إذا أريد إقامة الحد عليها فإنها تستبرئ بحيضة واحدة.

و قال الحنابلة: تجب العدة على الزانية كما تجب على المطلقة. (المغنى ج ۶ و مجمع الأنهر).

عدة الكتابية:

اتفقوا على ان الكتابية إذا كانت زوجة لمسلم فحكمها حكم المسلمة من حيث وجوب العدة عليها و الحداد فى عدة الوفاة، أما إذا كانت زوجة لكتابى مثلها فقال الإمامية «۱» و الشافعية و المالكية و الحنابلة: تجب عليها العدة، و لكن الشافعية و المالكية و الحنابلة لم يوجبوا عليها الحداد فى عدة الوفاة.

و قال الحنفية: لا عدة على غير المسلمة المتزوجة بغير المسلم (ميران الشعرانى باب العدد و الاستبراء).

زوجة المفقود:

الغائب على حالين: إحداهما ان تكون غيبته غير منقطعة بحيث يعرف موضعه، و يأتى خبره، و هذا لا يحل لزوجته ان تتزوج

بالاتفاق.

---

(١) قال فى الجواهر ج ٥ باب العدد: «عدة الذمية كالحرة فى الطلاق و الوفاة بلا خلاف محقق أجده، لإطلاق الأدلة، و صريح السراج عن الصادق قلت له: النصرانية مات زوجها، و هو نصرانى ما عدتها؟ قال: عدتها أربعة أشهر و عشرة».

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٤٣٨

الحال الثانية ان ينقطع خبره، و لا يعلم موضعه، و قد اختلف أئمة المذاهب فى حكم زوجته.

قال أبو حنيفة و الشافعى فى القول الجديد الراجح، و أحمد فى إحدى روايتيه: ان زوجة هذا المفقود لا تحل للأزواج حتى تمضى مدة لا يعيش فى مثلها غالبا، و حدّها أبو حنيفة بمئة و عشرين سنة، و الشافعى و احمد بتسعين.

و قال مالك: تتربص اربع سنوات، ثم تعتد بأربعة أشهر و عشرة، و تحل بعدها للأزواج.

و قال أبو حنيفة و الشافعى فى أصح القولين: إذا قدم زوجها الأول، و قد تزوجت يبطل الزواج الثانى، و تكون للزوج الأول.

و قال مالك: إذا جاء الأول قبل ان يدخل الثانى فهى للأول، و ان جاء بعد الدخول تبقى للثانى، و لكن يجب عليه ان يدفع الصداق للأول.

و قال احمد: ان لم يدخل بها الثانى فهى للأول، و ان دخل يكون أمرها بيد الأول، فإن شاء أخذها من الثانى، و دفع له الصداق، و ان شاء تركها له، و أخذ منه الصداق (المغنى ج ٧ و رحمة الأمة) «١».

و قال الإمامية: أن المفقود الذى لا يعلم موته و لا حياته ينظر، فان كان له مال تنفق منه زوجته، أو كان له ولى ينفق عليها، أو وجد متبرع بالإنفاق وجب على زوجته الصبر و الانتظار، و لا يجوز لها ان تتزوج بحال حتى تعلم بوفاة الزوج أو طلاقه، و ان لم يكن له مال، و لا من ينفق عليها فان صبرت فيها، و ان أرادت الزواج رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجلها أربع سنين من حين رفع الأمر إليه، ثم يفحص عنه

---

(١) هذا إذا لم ترفع أمرها إلى القاضى، اما إذا تضررت من غياب الزوج و شكت أمرها إلى القاضى طالبة التفريق فقد أجاز أحمد و مالك طلاقها، و الحال هذه، و يأتى الكلام فى فصل طلاق القاضى.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٤٣٩

فى تلك المدة، فان لم يتبين شىء ينظر، فان كان للغائب ولى يتولى أموره أو وكيل أمره الحاكم بالطلاق، و ان لم يكن له ولى و لا وكيل، أو كان، و لكن امتنع الولى أو الوكيل من الطلاق، و لم يمكن إجباره طلقها الحاكم بولايته الشرعية، و تعتد بعد هذا الطلاق بأربعة أشهر و عشرة، و يحل لها بعد ذلك ان تتزوج.

و كيفية الفحص أن يسأل عنه فى مكان وجوده، و يستخبر عنه القادمون من البلد الذى يحتمل وجوده فيه. و خير وسيلة للفحص ان يستنيب الحاكم من يثق به من المقيمين فى محل السؤال، ليتولى البحث عنه، ثم يكتب للحاكم بالنتيجة، و يكفى من الفحص المقدار المعتاد، و لا يشترط السؤال فى كل مكان يمكن ان يصل اليه، و لا ان يكون البحث بصورة مستمرة.

و إذا تم الفحص المطلوب بأقل من أربع سنوات بحيث نعلم أن متابعة السؤال لا تجدى يسقط وجوب الفحص، و لكن لا بد من الانتظار اربع سنوات عملا بظاهر النص، و مراعاة للاحتياط فى الفروج، و احتمال ظهور الزوج أثناء السنوات الأربع.

و بعد هذه المدة يقع الطلاق، و تعتد أربعة أشهر و عشرة، و لكن لا حداد عليها، و تستحق النفقة أيام العدة، و يتوارثان ما دامت فيها، و إذا جاء الزوج قبل انتهاء العدة فله الرجوع إليها ان شاء، كما ان له إبقاءها على حالها، و ان جاء بعد انتهاء العدة، و قبل ان

تتزوج فالقول الراجح انه لا سبيل له عليها، و بالأولى إذا وجدها متزوجة «۱».

مغنيه، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، ۲ جلد، دار التيار الجديد - دار الجواد، بيروت - لبنان، دهم، ۱۴۲۱ ه ق

الفقه على المذاهب الخمسة؛ ج‌۲، ص: ۴۳۹

---

(۱) الجواهر و ملحقات العروة للسيد كاظم و الوسيلة للسيد أبو الحسن و غيرها من كتب الفقه للإمامية و لكن أكثر التعبير لصاحب الوسيلة، لأنه أجمع و أوضح.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۴۰

أحكام العدة:

نقلنا فى باب النفقة الاتفاق على ان المعتدة من طلاق رجعى تستحق النفقة، و نقلنا ايضا الاختلاف فى المعتدة من طلاق بائن. و نتكلم هنا فى مسائل:

التوارث بين المطلق و المطلقة:

اتفقوا على ان الرجل إذا طلق امرأته رجعيا لم يسقط التوارث بينهما ما دامت فى العدة، سواء أ كان الطلاق فى مرض الموت أو فى حال الصحة، و يسقط التوارث بانقضاء العدة، و اتفقوا ايضا على عدم التوارث ان طلقها طلاقا بائنا فى حال الصحة.

طلاق المريض:

و اختلفوا فيما إذا طلقها بائنا، ثم مات فى مرضه الذى مات فيه، فقال الحنفية: ترثه هى ما دامت فى العدة، بشرط ان يعتبر الزوج فارا من ميراثها، و ان لا يكون الطلاق برضاها، و مع انتفاء أحد هذين الشرطين لا تستحق الميراث.

و قال الحنابلة: ترثه ما لم تتزوج، و ان خرجت من العدة و طالت المدة.

و قال المالكية: ترثه، و ان تزوجت.

و نقل عن الشافعى أقوال ثلاثة أحدها انها لا ترث، حتى و لو مات و هى فى العدة، تماما كالمطلقة بائنا فى الصحة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۴۱

و يلاحظ ان غير الإمامية تكلموا عن طلاق المريض إذا وقع بائنا فقط، اما الإمامية فإنهم قالوا: إذا طلقها مريضا ترثه هى، سواء أ كان الطلاق رجعيا أو بائنا بشروط أربعة:

۱- ان يموت قبل ان تمضى سنة كاملة على طلاقها، فلو مات بعد السنة بساعة لا ترثه.

۲- ان لا تتزوج قبل موته، فإذا تزوجت ثم مات فى أثناء السنة فلا شي‌ء لها.

۳- ان لا يبرأ من المرض الذى طلقها فيه، فلو برى‌ء من هذا المرض، ثم مات فى أثناء السنة لم تستحق الميراث.

۴- ان لا يكون الطلاق بطلب منها.

أين تعتد المطلقة:

اتفقوا على ان المطلقة رجعيا تعتد فى بيت الزوج، فلا يجوز له إخراجها، كما لا يجوز لها ان تخرج منه، و اختلفوا فى المطلقة بائنا، فقال الأربعة: تعتد فى بيت الزوج كالمطلقة الرجعية من غير فرق، لقوله تعالى لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ.

و قال الإمامية: ان أمر البائنة بيدها تعتد فى أى مكان تشاء، لانقطاع العصمة بينها و بين الزوج، و انتفاء التوارث بينهما، و عدم استحقاقها النفقة إلا إذا كانت حاملا، و عليه فلا يحق احتباسها، و خصصوا الآية الكريمة بالرجعيات، و فى ذلك أحاديث عن أئمة أهل البيت.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٤٤٢

زواج الأخت فى عدة أختها:

إذا تزوج الرجل امرأة حرم عليه ان يجمع بينها و بين أختها، فإذا توفيت أو طلقها، و انتهت العدة حل له العقد على أختها، و هل يحل له ان يعقد على أخت المطلقة قبل ان تنتهى عدتها؟ اتفقوا على تحريم العقد على أخت المطلقة قبل انتهاء العدة إذا كان الطلاق رجعيا، و اختلفوا إذا طلقت بائنا.

قال الحنفية و الحنابلة: لا يحل العقد على الأخت، و لا الخامسة إذا كان عنده أربع، و طلق واحدة منهن إلا بعد انتهاء العدة رجعيا كان الطلاق أم بائنا.

و قال الإمامية و المالكية و الشافعية: يجوز العقد على الأخت و الخامسة قبل ان تنتهى عدة المطلقة طلاقا بائنا.

هل يقع الطلاق بالمعتدة؟

قال الأربعة: إذا طلقها رجعيا فله ان يطلقها ثانية ما دامت فى العدة دون ان يراجعها، و ليس له ذلك إذا كان الطلاق بائنا (المغنى ج ٧ باب الخلع و باب الرجعة، و الفقه على المذاهب الأربعة مبحث شروط الطلاق).

و قال الإمامية: لا يقع الطلاق بالمعتدة بائنة كانت أم رجعية إلا بعد ان يراجعها، إذ لا معنى لطلاق المطلقة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٤٤٣

الرجعة

اشارة

الرجعة فى اصطلاح الفقهاء رد المطلقة و استبقاء زواجها، و هى جائزة بالإجماع، و لا تفتقر إلى ولى و لا صداق و لا رضى المرأة و لا علمها، لقوله تعالى وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ و قوله: فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف»، أى إذا اشرفن على انتهاء أجل عدتهن. و قد اتفقوا على انه يشترط فى المرتجعة ان تكون فى عدة الطلاق الرجعى فلا رجعة للبائن غير المدخول بها، لأنه لا عدة لها، و لا للمطلقة ثلاثا، لأنها تفتقر الى محلل و لا للمطلقة فى الخلع بعوض، لانقطاع العصمة

بينهما.

و اتفقوا على ان الرجوع يحصل بالقول، و اشترطوا ان يكون اللفظ منجزا غير معلق على شيء، فلو أنشأ الرجعة معلقة، و قال: ارجعتك إن شئت فلا تصح الرجعة «۱» و على ذلك فإذا لم يصدر منه بعد هذا القول فعل أو لفظ منجز يدل على الرجعة حتى انتهت العدة تكون

---

(۱) نقل صاحب الجواهر و صاحب المسالك الشهرة عند فقهاء الإمامية على عدم جواز التعليق فى الرجعة و قال صاحب المسالك ج ۲ باب الطلاق: «الا شهر عدم الوقوع حتى عند من يجوز تعليق الطلاق إلحاقا للرجعة بالنكاح».

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۴۴

المطلقة أجنبية عنه.

و اختلفوا فى حصول الرجعة بالفعل كالوطء و مقدماته من غير أن يسبقه القول، فقال الشافعية: لا- بد ان الرجعة بالقول أو بالكتابة، فلا تصح بالوطء حتى لو نوى به الرجعة، و يحرم وطؤها فى العدة، و إذا فعل كان عليه مهر المثل، لأنه وطء شبهة.

و قال المالكية: تصح الرجعة بالفعل مع نية الرجعة، أما إذ وطأ بدون هذه النية فلا تعود إليه المطلقة، و لكن هذا الوطء لا يوجب حدا و لا صداقا، كما ان الولد يلحق بالواطئ لو حملت، و يجب ان تستبرئ بحيضة مع عدم الحمل.

قال الحنابلة: تصح الرجعة بالفعل إذا وطأ فقط، فمتى تحقق منه الوطء رجعت اليه، و لو لم ينو الرجعة، أما غير الوطء كاللمس و التقبيل بشهوة، و ما الى ذاك فلا تحصل به الرجعة.

و قال الحنفية: تتحقق الرجعة بالوطء، و باللمس و التقبيل، و ما إليهما من المطلق و المطلقة بشرط حصول الشهوة، و تصح الرجعة بالفعل من النائم و الساهى و المكره و المجنون، كما لو طلقها، ثم جن و وطأها قبل خروجها من العدة. (مجمع الأنهر باب الرجعة).

و قال الإمامية: تتحقق الرجعة بالوطء و التقبيل و اللمس بشهوة و بدونها:

أو غير ذلك مما لا يحل إلا للأزواج. و لا يحتاج إلى تقدم الرجعة بالقول، لأنها زوجة ما دامت فى العدة بل لا يحتاج الفعل إلى نية الرجعة، بل قال صاحب الجواهر: «لعل مقتضى إطلاق النص و الفتوى ذلك حتى مع قصد عدم الرجوع» و قال السيد أبو الحسن فى الوسيلة: «يحتمل قويا كونه رجوعا، و ان قصد العدم». و لا عبرة عند الإمامية بالفعل إذا حصل من النائم و الساهى و المشتبه، كما لو قاربها ظانا انها ليست مطلقته.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۴۵

الاشهاد على الرجعة:

قال الإمامية و الحنفية و المالكية: لا يجب الاشهاد على الرجعة، بل يستحب و فى ذلك رواية عن أحمد، و قول أصح للشافعى، و عليه يمكن دعوى إجماع المذاهب على عدم وجوب الإشهاد.

إرجاع البائنة:

ان إرجاع البائنة فى العدة ينحصر فى المختلعة بعوض بشرط الدخول بها، و ان لا يكون الطلاق مكملا للثلاث، و قد اتفق الأربعة

على ان حكم هـذه حكم الأجنبيـة من اشتراط العقد و الصداق و الولى و الرضـى إلا انه لا يعتبر فيه انقضاء العدة (بداية المجتهد ج ٢).

و قال الإماميـة: أن للمطلقـة فى الخلع حق الرجوع بما بذلته من عوض مالى ما دامت فى العدة على شـريطة أن يعلم هو برجوعها عن البـذل، و لم يتزوج أختها أو الرابعة، فمتى علم، و لم يكن مانع فله حق الرجوع بالطلاق، فان رجع به تصـبح زوجة له شـرعية من غير حاجة إلى عقد و مهر، و لو علم برجوعها بالبذل، و لم يرجع بالطلاق يتحول الطلاق من البائن الى الرجعى، و ترتب عليه جميع أحكامه و آثاره، و يلزم المطلق بإرجاع ما أعطته إياه المطلقة فدية لطلاقها.

الاختلاف فى انقضاء العدة:

اشارة

إذا اختلف المطلق و المطلقـة الرجعيـة، فقال هو: رجعت، و قالت هى: كلا. فان كان ذلک أثناء العـدة فادعاؤه هذا رجوع منه، و كذا لو أنكر الطلاق بالمرة، لأن قوله هذا يتضمن التمسک بالزوجة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ۴۴۶

و ان اختلفا فى الرجوع بعـد انقضاء العـدة فعليه إثبات ان الرجعـة حصـلت فى العدة، و مع عجزه عنه تحلف هى انه لم يرجع، إذا ادعى الرجوع إليهـا بالفعـل، كالوطء و نحوه، و تحلف على عـدم علمها بالرجوع، إذا ادعى الرجعـة بالقول لا بالعمل و أنها تعلم به. و قال أبو حنيفة يقبل قولها بلا يمين. (ابن عابدين).

و إذا اختلفـا فى انقضـاء العـدة، فـادعت انتهاءهـا بالحيض فى زمان يمكن ان تصـدق، فالقول قولها بالاتفاق، و عليها اليمين عند الإماميـة و الشافعيـة و الحنابلـة، فقـد نقل صاحب المغنى فى الجزء السابع باب الرجعة عن الشافعى، و الخرقى ان «كل موضع قلنا فيه القول قولها فأنكر الزوج فعليها اليمين».

و إذا ادعت انقضـاء العـدة بالشـهور فقال صاحب المغنى الحنبلى و صاحب الشـرائع الإمامى: القول قول الزوج، و اسـتدلا بـدليل واحد، و هو ان الاختلاف وقع فى زمان الطلاق بالحقيقة لا فى العدة، و الطلاق من فعله هو فيكون القول قوله.

أما صاحب الجواهر فبعد ان قال: ان الأخذ بقول الزوج هو مقتضـى أصل بقاء العدة، و أصل تأخر الحادث، الا انه معارض بظاهر النصوص، و بالشهرة عند الفقهاء فى جعل أمر العدة إليها. ثم قال:

ان مجرد احتمال صـدقها فيما يرجع الى العـدة كاف فى تصـديقها، و تقـديم قولها، لحـديث: «فوض اللّه الى النساء ثلاثة أشـياء: الحيض و الطهر و الحمل» و حديث آخر «الحيض و العدة».

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ۴۴۷

تصديق المدعى بلا بينة

حيث أشـرنا إلى الأخـذ بقول المرأة فيما يتعلق بشؤون العـدة ناسب ان نتكلم عن قاعـدة شـرعية هامـة تتصل بما نحن فى صـدده أوثق اتصال، و تتردد كثيرا فى كلمات الفقهاء بخاصـة الإمامية و الحنفية، و لكنهم تكلموا عنها اسـتطرادا، و بالمناسـبات، و لم أر

من عقد لها فصلا خاصا فيما اطلعت عليه من المصادر غير المرحوم أخى الشيخ عبد الكريم مغنية «۱» فی کتاب القضاء.

من المعروف فی الشرائع القديمة و الحديثة ان على المدعى البينة، و على المنكر اليمين. و القاعدة التى نتكلم عنها فی هذا الفصل تعكس الأمر، فتوجب الأخذ بقول المدعى فيما يعود الى نيته و لا يعرف الا من جهته، و لا يستطيع الأشهاد عليه، و أمثلته فی الفقه كثيرة سواء منها فی العبادات و المعاملات، و نذكر بعضها فيما يلى:

---

(۱) توفى سنة ۱۹۳۶ و ترک مؤلفات عديدة كلها فی الفقه و الأصول، و لم يطبع منها شیء، و فيها رسالة حسنة و مفيدة فی العدالة، و خيرها كتاب كبير فی القضاء لا يوجد منه إلا نسخة واحدة بخطه، و هو فريد لم يؤلف مثله فی موضوعه، و قد اعتمدت عليه أولا لكتابة هذا الفصل، ثم على الجواهر و ملحقات العروة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۴۸

۱- إذا أعطيت وديعة لإنسان، ثم ادعى ردها إليک، أو تلفها من غير تهاون و تفريط، فالقول قوله بيمينه مع انه مدع.

۲- لو زوج فضولى صغيرين، و عندما كبر أحد الزوجين أجاز العقد و رضى به، ثم مات قبل ان يبلغ الآخر، فيعزل من تركته بمقدار ميراث الصغير، فان كبر، و أجاز يحلف على انه لم يجز العقد طمعا بالإرث، فإذا حلف أخذ نصيبه من تركة الميت، و ما ذاک إلا لأن النية لا تعرف الا من جهة صاحبها.

۳- إذا أوقع رجل صيغة طلاق زوجته، ثم ادعى انه لم يقصد الطلاق تقبل دعواه ما دامت فی العدة.

۴- تقبل دعوى أداء الزكاة و الخمس.

۵- تقبل دعوى المرأة الطهر و الحيض و الحمل و العدة.

۶- دعوى العسر و الفقر.

۷- دعوى المرأة أنها خلية.

۸- دعوى الغلام الاحتلام.

۹- دعوى الرجل انه أصاب زوجته بعد ان ادعت العنة، و أجله الحاكم سنة، و تقدم تفصيل ذلک فی مسألة العنين.

۱۰- دعوى العامل فی المضاربة انه اشترى هذه السلعة لنفسه خاصة، مع قول المالک له: بل اشتريتها للمضاربة، أى لی و لک، فيقدم قول المشترى، لأنه أعرف بنيته، و ما الى ذلک.

و قد استدل الشيخ عبد الكريم فی كتاب القضاء بأدلة ثلاثة:

الأول الإجماع القطعى قولا و عملا، فقد رأينا الفقهاء يعللون بهذه القاعدة فی جميع مواردها، و يفتون بمضمونها فی أبواب الفقه، و يرسلونها إرسال المسلمات، و يكشف هذا عن دليل قطعى، و إجماع على الكبرى الحقيقية التى يرجع إليها فی مقام الشک، و قد عللوا بهذه القاعدة الأخذ

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۴۹

بقول المعسر من انه لولا الأخذ بقوله للزم تخليده فی الحبس، لعدم تمكنه من الإثبات.

الدليل الثانى ما جاء صريحا فی بعض الروايات، عن رجل قال:

قلت للرضا: الرجل يتزوج المرأة، فيقع فی قلبه ان لها زوجا. قال ما عليه، أ رأيت لو سألها البينة أ كانت تجد من يشهد ان ليس لها زوج؟

فعدم التمكن من الاشهاد يطرد فی كل ما لا يمكن الاشهاد عليه مما يكون بين الإنسان و ربه، و لا يعرف الا من قبله، هذا،

بالإضافة الى ما جاء فى الحديث من الأخذ بقول النساء فى الطهر و الحيض و العدة و الحمل.
الدليل الثالث انه لو لم يؤخذ بقول المدعى فيما لا يعرف الا من جهته للزم بقاء التشاجر، و عدم وجود مخرج فى الشريعة لحسم الخصومات، و هذا مناف للمبدإ القائل من ان لكل شىء مخرجا فى الشرع، فيتعين حينئذ تقديم قوله مع يمينه، إذ لا سبيل لرفع النزاع سواه.
أما الحاجة الى اليمين فللإجماع على ان كل دعوى يقدم فيها قول المدعى فعليه اليمين، و لأن الخصومات انما تفصل بالبينات و الايمان، فإذا تعذرت البينة تعينت اليمين على المدعى بالذات و هنا لا يمكن توجيهها الى المنكر بحال، لأن من شروط اليمين الاطلاع و الجزم على ما يحلف عليه، و لا سبيل للمنكر الى الاطلاع على نية المدعى. و لا بد من التنبيه الى ان الحاجة الى يمين هذا المدعى انما هى مع الخصومة و التنازع، حيث لا سبيل لحسم الخصومة إلا باليمين، اما إذا لم يكن هناك نزاع و اختلاف فيقبل قوله بلا يمين، مثال ذلك دعواه أداء الزكاة و الخمس، أو عدم وجوبهما عليه، لعدم توفر الشروط المعتبرة.
ثم انه يشترط لتصديق هذا المدعى ان لا توجد قرينة تكذبه فى دعواه، و تكون حجة عليه، فلو صدر منه ما يدل على النية و القصد، كما لو باع أو اشترى، ثم ادعى عدم القصد يكون مكذبا لنفسه، لأن ظاهر
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۵۰
حاله يدل على النية و القصد، و أما تصديق المدعى فى عدم قصد الطلاق، كما أشرنا فمختص بالطلاق الرجعى ما دامت المطلقة فى العدة، حيث يعتبر هذا رجوعا منه، و لذا لا يعتد بقوله، و لا تسمع دعواه لو كان الطلاق بائنا، أو ادعى ذلك بعد انتهاء العدة.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۵۱

طلاق القاضى

هل للقاضى أن يطلق زوجة الرجل قهرا عنه؟
قال أبو حنيفة: لا يملك القاضى الطلاق مهما كانت الأسباب إلا إذا كان الزوج مجبوبا أو خصيا أو عنينا، كما أسلفنا فى باب العيوب، فعدم الإنفاق و الغيبة المنقطعة و الحبس المؤبد، و ما الى ذلك لا- يسوغ طلاق المرأة من زوجها بدون رضاه، لأن الطلاق لمن أخذ بالساق.
و أجاز مالك و الشافعى و ابن حنبل ان تطلب المرأة التفريق من القاضى لأسباب:
(منها) عدم الإنفاق، فقد اتفق هؤلاء الثلاثة على أن الزوج إذا ثبت عجزه عن النفقة الضرورية جاز لزوجته طلب التفريق، و إذا لم يثبت العجز، و امتنع عن الإنفاق فقال الشافعى: لا يفرق بينهما.
و قال مالك و أحمد: يفرق، لتعذر الإنفاق عليها كحال الإعسار و قد نص القانون المصرى على جواز التفريق مع تعذر الإنفاق.
و (منها) تضرر الزوجة بالقول أو الفعل، قال أبو زهرة فى «الأحوال الشخصية» ص ۳۵۸: «قد بيّن القانون المصرى رقم ۲۵ لسنة ۱۹۲۹ إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۵۲
العشرة بين أمثالها فإن أثبتت دعواها، و عجز القاضى عن الإصلاح طلقها طلقة بائنة، و ان عجزت عن إثبات دعواها، و تكررت منها الشكوى بعث حكمين عدلين من أهلهما يتعرفان أسباب الشقاق، و يبذلان الجهد للإصلاح، و مع عجزها ينظر من أى جانب كانت الإساءة، فإن كانت من الرجل أو منهما قررا التفريق بطلقة بائنة يحكم بها القاضى. و قد أخذ القانون ذلك من مذهب مالك و أحمد». و المحاكم الشرعية السنية فى لبنان تفرق بين الزوجين إذا حصل بينهما الشقاق، و قرر الحكمان لزوم

التفريق.

و (منها) تضرر الزوجة من غياب الزوج عند مالك و أحمد، حتى و لو ترك لها ما تحتاج اليه من نفقة مدة غيابه و أدنى مدة تطلب الزوجة التفريق بعدها ستة أشهر عند أحمد، و ثلاث سنين عند مالك، و قيل سنة، و بالسنة أخذ القانون المصرى، و مهما يكن فلا- تطلق إلا- إذا أبى الزوج أن يحضر إليها، أو ينقلها حيث هو، ثم ان مالكا لم يفرق فى الحكم بين غيبة الزوج لعذر أو لغير عذر، فكلاهما يستوجب الفرقة، أما الحنابلة فإنهم قالوا: لا يجوز التفريق إلا إذا كانت الغيبة لعذر (الأحوال الشخصية لأبى زهرة و فرق الزواج للخفيف).

و (منها) التضرر بحبس الزوج، نص عليه ابن تيمية الحنبلى، و جاء فى القانون المصرى ان المحبوس إذا حكم بثلاث سنوات و أكثر، فلزوجته أن تطلب التفريق للضرر بعد سنة من حبسه، و القاضى يحكم لها بذلك.

و قال أكثر الإمامية: لا ولاية للقاضى بحال من الأحوال، ما عدا زوجة المفقود متى تحققت الشروط التى ذكرناها فيما سبق، وقوفا على ظاهر النص «الطلاق بيد من أخذ بالسوق».

و لكن جماعة من المراجع الكبار أجازوا ذلك على اختلاف بينهم فى الشروط و القيود، و ننقل كلماتهم فيما يلى:

قال السيد كاظم فى ملحقات العروة باب العدة: «لا يبعد جواز

طلاق الزوجة للحاكم الشرعى إذا علم أن زوجها محبوس فى مكان لا يمكن مجيئه أبدا، و كذا فى الحاضر المعسر الذى لا يتمكن من الإنفاق مع عدم صبر زوجته فى هذه الحال».

و قال السيد أبو الحسن فى الوسيلة باب الزواج تحت عنوان القول فى الكفر: «لو كان الزوج ممتنعا عن الإنفاق مع اليسار و رفعت أمرها إلى الحاكم ألزمه بالإنفاق أو الطلاق، فإذا امتنع، و لم يمكن الإنفاق عليها من ماله و لا إجباره على الطلاق، فالظاهر ان للحاكم أن يطلقها إن أرادت الطلاق». و بهذا أفتى السيد محسن الحكيم فى رسالته «منهاج الصالحين» باب النفقات.

و نقل صاحب كتاب «المختلف» عن ابن الجنيد ان للزوجة الخيار فى فسخ الزواج بالإعسار من النفقة. و قال صاحب كتاب «المسالك» عند الكلام على طلاق زوجة الغائب: ان للمرأة الخروج من النكاح بالإعسار بالنفقة، على قول، لفوات المال. و ذكر صاحب «روضات الجنات» فى المجلد الرابع، و هو يترجم لابن آقا محمد باقر البهبهانى، و هو من كبار العلماء ان له رسالة «فى حكم النكاح مع الإعسار سماها مظهر المختار، و ذهب فيها الى جواز فسخ المرأة نكاحها فى صورة حضور الزوج و امتناعه من الإنفاق و الطلاق، و ان كان من جهة الفقر و الإملاق».

و قد ثبت عن أئمة أهل البيت قولهم: «من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها، و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما»، و هذا الحديث و غيره من الأحاديث الصحيحة بخصوص حديث «الطلاق لمن أخذ بالساق». و على ذلك يسوغ للفقيه الإمامى أن يطلق مع تحقيق الشروط، و لا- يحق لآخر ان يرد عليه ما دام عمله متفقا مع أصول الإسلام و المذاهب.

و نحن لا نشك ان العلماء الذين امتنعوا عن التطليق انما أحجموا تورعا

و خوفا ان يتطفل من ليس أهلا للعلم، و لا أمينا على الدين، فيوقع الطلاق دون ان تتوفر أسبابه الشرعية، و هذا وحده يدعونى الى الإحجام، مع العلم بأنى لو فعلت لكنت معذورا عند اللّه سبحانه. و الذى أراه حلا معقولا لهذه المشكلة، و رادعا لكل متطفل ان يؤكل المرجع فى العراق أو فى إيران من يثق به، و يحدد له الشروط و القيود على ان يوقع الطلاق فى نطاقها، كما فعل من

قبل السيد أبو الحسن الأصفهانى.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۵۵

الظهار و الإيلاء

الظهار:

و هو ان يقول الرجل لزوجته: أنت على كظهر أمى، و قد اتفقوا على انه إذا قال لها ذلك فلا يحل له وطؤها حتى يكفّر بعتق رقبة، فإن عجز عنها صام شهرين متتابعين، فان عجز عن الصيام اطعم ستين مسكينا.

و اتفقوا على انه إذا وطأ قبل ان يكفّر يعتبر عاصيا، و لكن الإمامية أوجبوا عليه، و الحال هذه، كفارتين.

و اشترط الإمامية لصحة الظهار ان يقع بحضور عدلين يسمعان قول الزوج، و ان تكون الزوجة فى طهر لم يواقعها فيه تماما كما هو الشأن فى المطلقة، كما اشترط المحققون منهم ان تكون مدخولا بها، و إلا لم يقع الظهار.

و الأصل فى جعل الظهار بابا من أبواب الفقه عند المسلمين ما جاء فى أول سورة المجادلة، فقد ذكر المفسرون ان أحد أصحاب الرسول (ص)، و هو أوس بن صامت كانت له امرأة حسنة الجسم، فرآها ساجدة فى صلاتها، فلما انصرفت أرادها، فأبت عليه، فغضب، و قال: أنت

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۵۶

علىّ كظهر أمى، ثم ندم على ما قال: و كان الظهار من طلاق أهل الجاهلية، فقال لها: ما أظنك إلا حرمت علىّ. قالت: لا تقل ذلك، و اذهب الى الرسول فاسأله. قال: استحى أن أسأله عن مثل هذا. قالت: دعنى أنا اسأله. قال سليه.

فذهبت إلى النبى، و عائشة تغسل رأسه، فقالت: يا رسول اللّه ان زوجى أوس تزوجنى، و انا شابة غانية ذات مال و أهل حتى إذا أكل مالى و أفنى شبابى، و تفرق أهلى، و كبر سنى ظاهر، ثم ندم، فهل من شيء يجمعنى و إياه فتنعشنى به؟

قال النبى (ص): ما أراك إلا حرمت عليه. و قالت: يا رسول اللّه و الذى أنزل عليك الكتاب ما ذكر طلاقا، و انه أبو ولدى، و أحب الناس الىّ. فقال لها: لم أومر بشأنك. فجعلت تراجع رسول اللّه، فإذا دافعها الرسول هتفت، و قالت: أشكو الى اللّه فاقتى و حاجتى و شدة حالى فانزل اللهم على نبيك ما يكشف كربى، و أعادت على الرسول، و استعطفته قائلة: جعلت فداك يا نبى اللّه انظر فى أمرى.

فقالت لها عائشة: اقصرى حديثك و مجادلتك، أما ترين وجه رسول اللّه؟! و كان إذا نزل عليه الوحى أخذه مثل السبات.

ثم التفت إليها الرسول، و قال: ادعى زوجك، و لما أتاه تلا عليه قوله تعالى:

قَدْ سَمِعَ اللّهُ قَوْلَ الَّتِى تُجادِلُكَ فِى زَوْجِها وَ تَشْتَكِى إِلَى اللّهِ وَ اللّهُ يَسْمَعُ تَحاوُرَكُما إِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ، الَّذِينَ يُظاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسائِهِمْ ما هُنَّ أُمَّهاتِهِمْ إِنْ أُمَّهاتُهُمْ إِلَّا اللّائِى وَلَدْنَهُمْ وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَ زُوراً وَ إِنَّ اللّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ، وَ الَّذِينَ يُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِما قالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّا ذلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَ اللّهُ بِما تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ذلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللّهِ وَ رَسُولِهِ وَ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ وَ لِلْكافِرِينَ

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۵۷

عَذابٌ أَلِيمٌ».

و لم انتهى الرسول من التلاوة قال للزوج: هل تستطيع ان تعتق رقبة؟ قال: اذن يذهب مالى كله. فقال: هل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين؟ قال: و اللّه إذا لم آكل كل يوم ثلاث مرات كلّ بصرى، و خشيت أن تعشى عيناى. قال: هل تستطيع ان تطعم ستين مسكينا؟ قال: الا ـ ان تعيننى على ذلك يا رسول اللّه. فقال: انّى معينك بخمسة عشر صاعا، و أنا داع لك بالبركة. فأخذ أوس ما أمر له به الرسول و أطعم المساكين و أكل معهم، و اجتمع أمره مع زوجته.

الإيلاء:

الإيلاء ان يحلف الزوج باللّه على ترك وطء زوجته، و الأصل فيه الآية ۲۲۶ من سورة البقرة لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فٰاؤُ فَإِنَّ اللّٰهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلاٰقَ فَإِنَّ اللّٰهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ.

و اشترط الإمامية أن تكون الزوجة مدخولا بها، و إلا لم يقع الإيلاء.

و اتفقت المذاهب على ان الإيلاء يقع إذا حلف الزوج على ترك وطء الزوجة مدة حياتها، أو مدة تزيد على أربعة أشهر «۱» و اختلفوا فى الأربعة أشهر، فقال الحنفية: يقع الإيلاء. و لا يقع عند سائر المذاهب.

و اتفقوا على انه إذا وطأ فى الأربعة الأشهر يكفّر، و يزول المانع من استمرار الزواج. و اختلفوا فيما إذا مضت الأربعة و لم يطأ فقال الحنفية:

(۱) السر فى تحديد المدة بذلك ان للزوجة حق المواقعة مرة فى كل أربعة أشهر على الأقل. و قيل ان الخلاف يرجع إلى تفسير آية لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ فمن قائل بأنها لم تحدد مدة للإيلاء، و قائل بأنه لا بد أن تمضى الأربعة أشهر حتى يسوغ للحاكم ان ينذر الزوج بالرجوع أو الطلاق، و هذا يقتضى حتما الزيادة على الأربعة أشهر و لو بلحظة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۵۸

تطلق تلقائيا طلقة بائنة دون ان ترفع أمرها إلى القاضى، أو يطلقها الزوج (بداية المجتهد).

و قال المالكية و الشافعية و الحنابلة إذا مضى أكثر من أربعة أشهر، و لم يفعل. رفعت أمرها إلى الحاكم لكى يأمره بالوطء، فان امتنع امره بالطلاق، فان امتنع طلقها الحاكم و يكون الطلاق رجعيا على كل حال (فرق الزواج للخفيف).

و قال الإمامية: ان مضى أكثر من الأربعة أشهر، و لم يطأ، فإن صبرت و رضيت فلها ذلك، و لا يحق لأحد ان يعترض، و ان لم تصبر رفعت أمرها إلى الحاكم، و بعد مضى الأربعة الأشهر «۱» يجبره على الرجوع أو الطلاق، فان امتنع ضيّق عليه، و حبسه حتى يختار أحد الأمرين، و لا يحق للحاكم ان يطلق قهرا عن الزوج.

و اتفقوا جميعا على ان كفارة اليمين أن يخير الحالف بين إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم، أو تحرير رقبة، فان لم يجد فصيام ثلاثة أيام.

ثم إن الإمامية ذهبوا الى ان كل يمين لا تنعقد إلا إذا كان المقسم به ذات اللّه المقدسة، و لا تنعقد أيضا من الولد و الزوجة مع منع الوالد و الزوج إلا ـ فى فعل الواجب، أو ترك المحرم. و لا تنعقد أيضا من أحد كائنا من كان إذا حلف على الإتيان بفعل، تركه أولى من فعله، أو حلف على ترك فعل، فعله أولى من تركه، الا يمين الإيلاء فإنها تنعقد مع ان تركها أولى.

(۱) قال أكثر الإمامية: ان الحاكم يؤجل الزوج أربعة أشهر من حين رفع الأمر إليه، لا من حين الحلف.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۶۱

الوصايا

اشارة

يسرني ان أعرض في هذا الجزء أهم باب من أبواب الفقه، و هو الميراث الذى له أبلغ التأثير فى الحياة الاجتماعية و الاقتصادية.
فقد بينت فى الصفحات الآتية أقوال المذاهب الإسلامية، و أوجه الخلاف بين أربابها، و الأسس التى بنوا عليها توزيع الميراث.
و يرى القارئ ان منهاج الشيعة الإمامية يختلف كل المخالفة عن منهاج السنة، حيث ساوى أولئك بين الذكور و الإناث فى استحقاق الإرث، و حرم هؤلاء الإناث و من يتقرب بهن فى كثير من الحالات هذا، إلى أن الإمامية وزعوا التركة على الوارثين بحسب مراتبهم الطبيعية، فاعتبروا الأبوين و الأولاد فى المرتبة الأولى، و أحق الجميع فى الميراث، لأنهم يتقربون إلى الميت بلا واسطة. و جعلوا الأخوة و الأخوات و الأجداد و الجدات فى المرتبة الثانية، لأنهم يتقربون إليه بواسطة واحدة، و هى الأب أو الأم، و جعلوا الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات فى المرتبة الثالثة، لأنهم يتقربون اليه بواسطتين، هما الجد أو الجدة، و الأب أو الأم، و كل مرتبة من هذه الثلاث أولى و أحق بتركة الميت ممن يليها، فإذا فقدت المرتبة الأولى بكامل أفرادها انتقل استحقاق الإرث إلى الثانية، و إذا لم يوجد واحد من الثانية انتقل إلى الثالثة.
و لم تعتبر السنة هذا الترتيب، فأشركوا العم فى الميراث مع البنت، كما انهم ورّثوا الذكر، و حرموا أخته من الميراث فى بعض الحالات، فبنت الأخ لأبوين أو لأب لا ترث- عندهم- مع أخيها من أمها و أبيها، بل الميراث له دونها، و كذلك العمة لأبوين أو لأب مع أخيها من أمها و أبيها، و يتضح ذلك فى هذه الصفحات بخاصة فى الأمثلة التى جاءت فى الجدول أو شبه الجدول الموجود فى آخر هذا الجزء.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۶۲
الوصايا أجمعوا على صحة الوصية، و جوازها فى الشريعة الإسلامية، و هى تمليك عين أو منفعة مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع، و تصح فى حالة الصحة و السلامة من الأمراض، و فى مرض الموت و غيره، و حكمها فى الحالين سواء عند الجميع.

أركان الوصية:

اشارة

أركان الوصية أربعة: الصيغة، و الموصى، و الموصى له، و الموصى به.

الصيغة:

ليس للوصية لفظ خاص، فتصح بكل لفظ يعبر عن إنشاء التمليك بعد الموت تبرعا، فإذا قال الموصى: أوصيت لفلان بكذا دل اللفظ بنفسه على الوصية دون ان يقيد بما بعد الموت، أما إذا قال: أعطوا أو ادفعوا، أو جعلت، أو لفلان كذا فلا بد من التقييد بما بعد الموت، لأن اللفظ لا يدل على قصد الوصية بدونه.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۶۳

و قال الإماميـة و الشافعية و المالكية: إذا اعتقل لسان المريض تصح وصـيته بالإشارة المفهمة. و نقل الشـعرانى فى ميزانه عن أبى حنيفـة و أحمـد عدم صـحة الوصـية فى هذه الحال. و فى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ باب الوصـية نقلا عن الحنفية و الحنابلـة «انه إذا طرأ على لسـانه مرض منعه من النطق فلاـ تصـح وصـيته إلا إذا اسـتمر زمنا طويلا، فصار كالأخرس بحيث يتكلم بالإشارة المعهودة، و حينئذ تكون إشارته و كتابته كالنطق».

و نقل الشـعرانى عن أبى حنيفـة و الشافعى و مالك «انه لو كتب وصـيته بخطه، و علم انها بخطه، و لكن لم يشـهد فيها لم يحكم بها- أى لو وجدت وصية بخطه، و لم يكن قد اشهد عليها، و لا أقر بها أمام الناس لا تثبت الوصية مع العلم بصدورها عنه.

و قال أحمد: بل يحكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها».

و قـال المحققون من فقهاء الإماميـة: تثبت الوصـية بالكتابـة، لأن ظواهر الأفعال حجـة كظواهر الأقوال، و الكتابـة أخت اللفظ فى الدلالة على ما فى النفس، بل هى أدل، و أولى من سائر القرائن «١».

الموصى:

اتفقوا جميعـا على ان وصـية المجنون فى حـال جنونه، و الصـبى غير المميز لاـ تصـح، و اختلفوا فى وصـية الصـبى المميز، فقـال المالكية و الحنابلة و الشافعى فى أحد قوليه: تجوز وصية من أتم عشر سنين، لأن الخليفة عمر أجازها.

و قال الحنفية: لا تجوز إلا إذا أوصى بتجهيزه و دفنه. و معلوم ان

---

(١) الجواهر باب الوصية.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ۴۶۴

هذا لا يحتاج الى وصية.

و قـال الإماميـة: تجوز وصـيته فى وجوه البر و الإحسـان، و لاـ تجوز فى غيرهـا، لأـن الإمام الصادق أجازها فى ذلك (الجواهر و الأحوال الشخصية لأبى زهرة).

و قال الحنفيـة: «إذا أوصـى البالغ حال إفاقته، ثم جن، فان كان جنونه مطبقا، و اسـتمر سـتة أشـهر بطلت الوصـية، و إلا فلا، و إذا أوصـى، و هو سـليم، ثم طرأ عليه وسواس، حتى صار معتوها، و اسـتمر كذلك، حتى مات، بطلت الوصـية. (الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ باب الوصية).

و قـال الإماميـة و المالكيـة و الحنابلـة: لاـ تبطـل الوصـية بعروض الجنون، و ان دام حتى الممات، لأن العوارض اللاحقـة لا تبطل التصرفات السابقة.

و قال الحنفية و الشافعية و المالكية: تجوز وصية السفيه.

و قـال الحنابلـة: تجوز فى مـاله، و لاـ تجوز على أولاده، فلو أقام وصـيا عليهم لا يعمل بوصـيته. (الأحوال الشخصـية لأبى زهرة و الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ باب الوصية).

و قال الإمامية: لا تجوز وصية السفيه فى أمواله، و تجوز فى غيرها.

فإذا أقام وصـيا على أولاده صحت الوصية، و إذا أوصى بإعطاء شىء من ماله بطلت. و تفرد الإمامية بالقول: ان من أحدث بنفسه حدثا بقصد الانتحار، ثم أوصى، و مات بعد الوصية بطلت وصيته، أما إذا اوصى أولا، ثم انتحر صحت الوصية.

و قال المالكيۀ و الحنابلۀ: لا تصح وصيۀ السكران.

و قال الشافعيۀ: لا تصح وصيۀ المغمى عليه، و تصح وصيۀ السكران المعتدى بسكره، أى من سكر باختياره.

و قال الحنفيۀ: لا تصح وصيۀ الهازل و المخطئ و المكره (الفقه على المذاهب الأربعۀ ج ٣ باب الوصيۀ).

الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج ٢، ص: ۴۶۵

و قال الإماميۀ: لا تصح وصيۀ السكران و المغمى عليه، و لا الهازل، و لا المخطئ و لا المكره.

الموصى له:

اتفق الأربعۀ على عدم جواز الوصيۀ لوارث إلا إذا أجاز الورثۀ.

و قال الإماميۀ: تجوز للوارث و غير الوارث، و لا تتوقف على اجازۀ الورثۀ ما لم تتجاوز الثلث، و كان عمل المحاكم فى مصر على المذاهب الأربعۀ، ثم عدلت عنها إلى مذهب الإماميۀ، و ما زال عمل المحاكم الشرعيۀ السنيۀ فى لبنان على عدم صحۀ الوصيۀ للوارث، و منذ بضع سنوات قدم قضاتها مشروعا إلى الحكومۀ يجيز الوصيۀ لوارث، و رغبوا إليها فى تبنيه.

و اتفقوا جميعا على أن للذمى ان يوصى لمثله، و لمسلم، و على أن للمسلم أن يوصى للذمى، لقوله تعالى لا يَنْهاكُمُ اللّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقاتِلُوكُمْ فِى الدِّينِ، وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ- إِنَّما يَنْهاكُمُ اللّهُ عَنِ الَّذِينَ قاتَلُوكُمْ فِى الدِّينِ، وَ أَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيارِكُمْ وَ ظاهَرُوا عَلى إِخْراجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ وَ مَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولئِكَ هُمُ الظّالِمُونَ ٨- ٩ الممتحنۀ».

و اختلفوا فى صحۀ الوصيۀ من مسلم لحربى «١» فقال المالكيۀ و الحنابلۀ و أكثر الشافعيۀ: تصح.

---

(١) الذمى هو الذى يدفع الجزيۀ للمسلمين، اما الحربى عند الإماميۀ فهو الذى لا يدفع الجزيۀ، و ان لم يحارب، و عند سائر المذاهب من شهر السلاح، و قطع السبيل (البدايۀ و النهايۀ لابن رشد ج ٢ باب الحرابۀ)، و قال الشهيد الثانى فى المسالك باب الوصيۀ: تصح الوصيۀ لكل من لم يقاتلنا فى الدين ذميا كان أو حربيا، لقوله تعالى لا يَنْهاكُمُ اللّهُ الآيۀ، و لقول الامام الصادق: أعط الوصيۀ لمن اوصى له، و ان كان يهوديا أو نصرانيا، ان اللّه يقول: فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه، و لم يفرق بين الحربى و غيره.

الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج ٢، ص: ۴۶۶

و قال الحنفيۀ و أكثر الإماميۀ: لا تصح (المغنى ج ۶ و الجواهر ج ۴ باب الوصيۀ).

و اتفقوا على صحۀ الوصيۀ للحمل بشرط انفصاله حيا، لأن الوصيۀ تجرى مجرى الميراث، و الحمل يرث بالإجماع، فيجب ان يملك الموصى به أيضا.

و اختلفوا: هل يشترط وجود الحمل حال الوصيۀ أو لا؟

قال الإماميۀ و الحنفيۀ و الحنابلۀ و الشافعى فى أصح قوليه: يشترط ذلك، و لا يرث إلا إذا علم انه كان موجودا حين الوصيۀ، و يحصل العلم بذلك إذا وضعته حيا فى مدۀ تقل عن ستۀ أشهر من تاريخ الوصيۀ إذا كان لها زوج متمكن من مقاربتها، و إذا ولدته لستۀ أشهر أو أكثر لم يعط الحمل شيئا من الوصيۀ لجواز تجدده، و الأصل عدم الحمل حين الوصيۀ.

و هذا القول يبتنى على عدم جواز الوصيۀ للمعدوم.

و قال المالكية: تصح الوصية للحمل الموجود فعلا، و لمن سيوجد فى المستقبل، حيث ذهبوا إلى جواز الوصية للمعدوم «١».
(تذكرة الحلى و الفقه على المذاهب الأربعة و العدة فى فقه الحنابلة باب الوصية).
و إذا أوصى للحمل فولدت ذكرا أو أنثى قسم الموصى به بينهما بالسوية، لأن الوصية عطية لا ميراث، فأشبه ما لو أعطاهما شيئا بعد ولادتهما.
و اتفقوا على صحة الوصية للجهات العامة، كالفقراء و المساكين، و طلبة العلم، و المساجد و المدارس، و استثنى أبو حنيفة الوصية للمسجد، و ما إليه، لأن المسجد لا أهلية له للتمليك، و قال صاحبه محمد بن

---

(١) و من فقهاء الإمامية الشيخ أحمد كاشف الغطاء يوافق المالكية على جواز الوصية للمعدوم، حيث قال فى وسيلة النجاة باب الوصية: لا مانع من ان ينشئ الموصى التمليك معلقا على وجود الموصى له: فلا يملك إلا بعد الوجود، كما هى الحال فى الوقف. و لكن قيد ذلك بعدم قيام الإجماع على خلافه.

الحسن: تصح، و يصرف ناتج الموصى به فى مصالح المسجد. و على هذا جرت سيرة المسلمين فى شرق الأرض و غربها قديما و حديثا «١».
و اختلفوا فيما إذا كان الموصى به شخصا معينا: هل يشترط القبول، و يكفى عدم الرد؟ قال الإمامية و الحنفية: يكفى عدم الرد، فإذا سكت الموصى له، و لم يرد الوصية يملك الشيء الموصى به عند موت الموصى.
و قال الإمامية: إذا قبل فى حياة الموصى فله الرد بعد موته، و إذا رد فله القبول أيضا بعد الموت، إذ لا أثر للرد و لا للقبول فى حال الحياة لعدم تحقق الملك، و قال الحنفية: إذا رد فى الحياة فله القبول بعد الموت، و إذا قبل فى الحياة فليس له الرد.
و قال الشافعية و المالكية: لا بد من القبول بعد الموت، و لا يكفى السكوت و عدم الرد (تذكرة الحلى و الفقه على المذاهب الأربعة).
و قال الأربعة: إذا مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية، لأن الوصية عطية صادفت المعطى ميتا فتبطل (المغنى ج ٦ باب الوصية).
و قال الإمامية: إذا توفى الموصى له قبل الموصى، و لم يرجع الموصى عن وصيته قام ورثة الموصى له مقامه، و مثلوا دوره فى القبول و الرد، فإذا لم يردوا كان الموصى به ملكا خاصا بهم يقتسمونه بينهم قسمة ميراث، و لا يجب عليهم ان يفوا منه ديون مورثهم، و لا ان ينفذوا منه وصاياه، و استدلوا بأن القبول حق للمورث فينتقل هذا

---

(١) يختلف معنى الملك باختلاف ما ينسب اليه، فإذا نسب إلى الإنسان يكون معناه السلطة و التصرف فيه كيف يشاء، و إذا نسب إلى المسجد يكون معناه اختصاص فائدته به، و لا معنى لقول من قال: ان للمسجد و ما إليه شخصية معنوية تصلح للامتلاك و التمليك.

الحق لورثته، كخيار الرد، كما استدلوا بروايات عن أهل البيت «١».
و قال مالك و الشافعي فى أحد قوليه: تصح الوصية للقاتل سواء أ كان القتل عمدا أم خطأ.
و قال الحنفية: تصح مع اجازة الورثة، و تبطل بدونها.

و قال الحنابلة: تصح ان حصلت بعد الجرح الذى أفضى إلى الموت، و تبطل ان حصل القتل بعد الوصية (أبو زهرة الأحوال الشخصية باب الوصية).

و قال الإمامية: تصح الوصية للقاتل و لغيره، لأن أدلة جواز الوصية عامة، فقوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ يشمل القاتل و غيره، و الاختصاص بغير القاتل يحتاج إلى دليل.

الموصى به:

اتفقوا على ان الشىء الموصى به يجب ان يكون قابلا للتمليك، كالمال و الدار و منافعها، فلا تصح الوصية بما لا يقبل التمليك عرفا كالحشرات، أو شرعا كالخمر إذا كان الموصى مسلما، لأن التمليك أخذ فى مفهوم الوصية، فإذا انتفى لم يبق لها موضوع.

و اتفقوا على صحة الوصية بثمرة البستان سنة معينة، أو دائما.

و توسع الإمامية فى مفهوم الوصية إلى أقصى الحدود، و أجازوا فيها ما لم يجيزوه فى البيع و لا فى غيره، حيث ذهبوا إلى صحة الوصية بالمعدوم

---

(١) و يلزم الإمامية انه إذا رد الموصى له الوصية فى حياة الموصى، ثم مات الموصى له بعد الرد، و بعده مات الموصى، يلزمهم ان ينتقل القبول إلى الوارث فى مثل هذه الحال، لأنهم قالوا:

لا أثر للرد و لا للقبول فى حياة الموصى، و من هنا التزم بعض علمائهم بذلك، و قال بانتقال حق القبول للوارث فى مثل هذه الحال.

المتوقع الوجود، و بما لا يقدر الموصى على تسليمه، كالطير فى الهواء، و الحيوان الشارد، و بالمجهول، كالوصية بثوب، أو حيوان، بل قالوا يجوز ان يتوغل الموصى فى المبهمات إلى حد بعيد، فيقول: أعطوا فلانا شيئا، أو قليلا، أو كثيرا، أو جزءا، أو سهما، أو نصيبا «١» و ما إلى ذلك، كل هذه لا يجوز فيها البيع، و تجوز فيها الوصية. و قال صاحب الجواهر: «لعل ذلك كله لعموم أدلة الوصية الشاملة لذلك كله، و لكل حق قابل للانتقال. بل لعل الضابط فى الوصية تعلقها بكل شىء إلا ما علم خلافه» أى ما خرج بالدليل، كالخمر و الخنزير و الوقف، و حق القصاص، و حد القذف، و ما إلى ذاك، و قال بعضهم:

لا يجوز بيع الفيل، و تجوز الوصية به.

و قال الشيخ محمد أبو زهرة فى كتاب الأحوال الشخصية. باب الوصية:

«توسع الفقهاء فى أحكام الوصية، و أجازوا فيها ما لم يجيزوه فى غيرها، كالوصية بالمجهول، فإذا أوصيت بسهم أو بطائفة أو بشىء أو بقليل، و ما إلى ذلك صحت الوصية. و كان للورثة ان يعطوه اى قدر شاؤوا مما يتحمله اللفظ».

و هذا يتفق مع مذهب الإمامية، و عليه تكون هذه المسألة محل وفاق.

---

(١) فى الشرائع و المسالك و الجواهر ان الوصى إذا أوصى بلفظ مجمل لم يفسره الشرع رجع فى تفسيره إلى الوارث، فإذا قال: أعطوه حظا من مال، أو قسطا، أو نصيبا، أو قليلا، أو كثيرا و ما إلى ذلك مما لا مقدر له لغة و عرفا و شرعا أعطاه الوارث كل ما يصدق عليه التمول.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۴۷۰

مقدار الوصية

اشارة

تنفذ الوصية التبرعية فى مقدار الثلث فقط، مع وجود الوارث، سواء أصدرت فى المرض أو الصحة، و ما زاد عن الثلث يفتقر إلى اجازة الورثة بالاتفاق. فإن أجازوا جميعا جازت الوصية، و ان رفضوا بطلت، و ان أجاز البعض دون البعض نفذت فى حق المجيز فيما زاد عن الثلث، و لا أثر لإجازة الوارث إلا إذا كانت من العاقل البالغ الراشد.

و قال الإمامية: إذا أجاز الورثة فلا يحق لهم العدول عن إجازتهم، سواء أ كانت الإجازة فى حياة الموصى، أو بعد وفاته.

و قال الحنفية و الشافعية و الحنابلة:

لا يعتبر الرد و الإجازة إلا بعد موت الموصى، فلو أجازوا فى حياته، ثم بدا لهم، فردوا بعد وفاته كان لهم ذلك، سواء أ كانت الإجازة فى صحة الموصى أو فى مرضه (المغنى).

و قال المالكية: إذا أجازوا فى مرض الموصى فلهم الرد، و إذا أجازوا فى صحته نفذ فى حقهم، و لا يحق لهم الرد.

و قال الإمامية و الحنفية و المالكية: متى حصلت الإجازة من الوارث لما زاد عن الثلث كان ذلك إمضاء لفعل الموصى و تنفيذا له، و ليس هبة

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۴۷۱

من الوارث إلى الموصى له، و عليه فلا يفتقر إلى القبض، و لا تجرى على الوصية أحكام الهبة.

و اختلفوا فيمن اوصى بجميع أمواله، و ليس له وارث خاص، قال مالك لا تجوز الوصية إلا فى الثلث، و قال أبو حنيفة: تجوز فى الجميع، و للشافعى و احمد قولان، و للإمامية أيضا قولان أصحهما الجواز (البداية و النهاية و تذكرة الحلى باب الوصية).

و اتفقوا على انه لا ميراث و لا وصية إلا بعد وفاء الدين، أو البراءة منه، فالثلث الذى تنفذ فيه الوصايا انما هو الثلث الفاضل عن الدين، و اختلفوا فى الوقت الذى يقدر فيه الثلث: هل هو الثلث عند الوفاة، أو عند قسمة التركة؟

قال الحنفية: يقدر الثلث عند قسمة التركة، فكل زيادة أو نقص يعرض على التركة يشمل الورثة و الموصى لهم، و قد وافق على ذلك بعض الحنابلة و بعض المالكية.

و قال الشافعية: يعتبر الثلث وقت الوفاة (أبو زهرة).

و قال الإمامية: يحسب من التركة ما يملكه بعد الموت، كالدية فى قتل الخطأ، و فى قتل العمد إذا صالح الأولياء على الدية، و كما إذا كان الميت قد نصب شبكة فى حياته فوقع فيها طير أو سمك بعد وفاته، فكل ذلك يضم إلى أصل التركة، و يخرج منه الثلث. و قولهم هذا قريب من قول الحنفية.

و قال الإمامية و الشافعية و الحنابلة: إذا كان على الميت زكاة، أو كفارة واجبة، أو حجة إسلام، و ما الى ذلك من الواجبات المالية تنفذ من أصل المال لا- من الثلث، سواء أوصى بها أو لم يوص، لأنها حق اللّه و حق اللّه أحق ان يقضى، كما جاء فى الحديث، و إذا أوصى بها الميت، و عين مخرجها من الثلث يؤخذ بقوله رفقا بالوارث.

و قال الحنفية و المالكية: ان اوصى بها تخرج من الثلث لا من الأصل،

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۴۷۲

و ان لم یوص بها تسقط بموته (المغنی و تذکرة الحلی و البدایة و النهایة).
و اتفقوا علی ان الوصیة بالعبادة المستحبة تخرج من الثلث.

تزاحم الوصایا:

إذا تزاحمت الوصایا، و ضاق الثلث عن جمیعها، کما لو أوصی لزید بألف، و للفقراء بألفین، و للمسجد بثلاثة، و کان الثلث خمسة، و لم یجز الوراثة الزائد، فما هو الحکم؟
قال المالکیة و الحنابلة و الشافعیة: یقسم الثلث بینهم علی قدر وصایاهم، أی ان النقص یدخل علی کل بنسبة وصیته (المغنی).
و قال الإمامیة: إذا اوصی بوصایا عدیدة لا یسعها الثلث، و لم یجز الورثة الزائد، فإن کان بینها تضاد، کما لو قال: ثلثی لزید، ثم قال:
ثلثی لخالد عمل باللاحق دون السابق، و إلا فإن کان بینها واجب و غیر واجب قدم الواجب علی غیره، و إذا تساوت الوصایا فی الأهمیة فإن جمع الموصی بینها بکلام واحد فقال: أعطوا جمالا و أحمد ألفا، و کان الثلث ۵۰۰ قسم هذا المبلغ بین الاثنین، لکل واحد ۲۵۰، و ان قدم و أخر، فقال: أعطوا جمالا ۵۰۰، و احمد ۵۰۰ اعطی المبلغ للأول، و ألغیت الوصیة الثانیة، لأن الأولی استغرقت الثلث بکامله، و لم یبق للثانیة موضوع.
و قال الأربعة: إذا أوصی بشیء معین لإنسان، ثم أوصی به لآخر فهی بینهما مناصفة، فإذا قال: أعطوا السیارة لزید بعد موتی، ثم قال:
أعطوها لخالد، کانت شراکة بین الاثنین.
و قال الإمامیة: بل هی للثانی، لأن الوصیة الثانیة عدول عن الأولی.
و قال الإمامیة: إذا اوصی لکل وارث بعین خاصة بقدر نصیبه
الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۷۳
تصح الوصیة- مثلا- إذا قال، البستان لولدی إبراهیم، و الدار لأخیه حسن، و لم یکن فی ذلک محاباة تنفذ الوصیة، لعدم المزاحمة لحق أحد من الوراث، و وافقهم علی ذلک بعض الشافعیة و بعض الحنابلة.
و اتفقوا جمیعا علی أن الشیء الموصی به إذا کان سهما مشاعا کالثلث أو الربع من مجموع الترکة، أو من شیء خاص فیملکه الموصی له بوفاة الموصی، غائبا کان الموصی به أو حاضرا، فهو شریک للورثة فی الحاضر یأخذ نصیبه منه، و کذلک متی حضر الغائب.
و إذا کان الموصی به متمیزا مستقلا بعین معینة قال الإمامیة و الحنفیة:
لا یملک الموصی له هذه العین إلا إذا کان ضعف قیمتها فی ید الورثة، اما إذا کان الموصی مال غائب، أو دیون، و کان الشیء الموصی به أکثر من ثلث ما فی أیدی الورثة کان لهم الحق فی معارضة الموصی له، و منعه عما زاد عن ثلث مجموع الموجود فی أیدیهم، بخاصة إذا کان الغائب فی معرض الضیاع، أو یتعذر استیفاؤه، و إذا حضر شیء من الغائب استحق الموصی له من باقی العین الموصی بها ما یساوی ثلث المال الذی حضر، فان لم یحضر شیء کان باقی العین للورثة.

الرجوع عن الوصیة:

اتفقوا على ان الوصيۀ ليست لازمۀ من طرف الموصى، و لا من طرف الموصى له، فللأول الرجوع عن وصيته، سواء أ كانت بعين أو بمنفعۀ أو بولايۀ، و يأتى الكلام عن الثانى، و يتحقق رجوع الموصى بالقول و بالفعل مثل ان يوصى بطعام فيأكله، أو يهبه أو يبيعه. و نقل عن الحنفيۀ ان البيع لا يعد رجوعا، و انما يكون للموصى له ثمن المبيع.

الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج ۲، ص: ۴۷۴

الوصيۀ بالمنفعۀ:

اتفقوا على صحۀ الوصيۀ بالمنافع، كإجار الدار، و سكناها، و ثمرۀ البستان، و لبن الشاۀ، و ما إلى ذلک من المنافع التى ستحدث، سواء أحصر المنفعۀ فى مدۀ معينۀ، أو أطلقها فى كل زمان.

و اختلفوا فى كيفيۀ خروج المنفعۀ من الثلث، قال الحنفيۀ: ان الوصيۀ بالمنفعۀ تقدر بنفس العين الموصى بها، سواء أ كانت المدۀ موقتۀ أو مؤبدۀ، فإذا أوصى بسكنى الدار سنۀ أو أكثر قومت الدار بكاملها، فان و فى ثمنها بمقدار الثلث نفذت الوصيۀ، و الا فلا تنفذ، و تكون لغوا.

و قال الشافعيۀ و الحنابلۀ: تقدر قيمۀ المنافع مجردۀ عن العين، فان اتسع لها الثلث نفذت الوصيۀ بكاملها، و الا فبقدر ما يتسع له الثلث (أبو زهرۀ).

و قال المحققون من الإماميۀ: إذا كانت المنفعۀ الموصى بها غير مؤبدۀ فأمرها سهل، لأن العين تبقى لها قيمۀ بعد إخراج تلک المنفعۀ، فإذا أوصى بمنفعۀ خمس سنوات قوم البستان بمجموعه أولا، فإذا كانت قيمته عشرۀ آلاف، قوّم ثانيۀ مسلوب المنفعۀ خمس سنوات، فإذا كانت خمسۀ آلاف، يكون التفاوت خمسۀ آلاف تخرج من الثلث ان تحمّلها، و الا كان للموصى له ما يتحمله الثلث سنۀ أو أكثر، أما إذا كانت المنفعۀ مؤبدۀ قوم البستان بكامله مع المنفعۀ، و جرت الحال كما فى المنفعۀ المؤقتۀ.

ان قلت: كيف؟. و بأى شىء نقوم العين مسلوبۀ المنفعۀ؟! فإن ما لا منفعۀ منه لا قيمۀ له.

قلت: بل هناک منافع لها قيمۀ، و ان تكن يسيرۀ، فالبستان ينتفع

الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج ۲، ص: ۴۷۵

بما ينكسر من جذوعه، و بما يصيبه من اليبس، و إذا زال الشجر لسبب من الأسباب ينتفع بأرضه، و إذا خربت الدار و لم يعمرها الموصى له ينتفع الوارث بأحجارها، و أرضها، و الشاۀ ينتفع بلحمها و جلدها إذا ذبحت، و على آيۀ حال فلا تخلو العين من فائدۀ غير المنفعۀ الموصى بها.

الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج ۲، ص: ۴۷۶

تصرفات المريض

المريض

المراد بالمريض- هنا- من اتصل مرضه بموته، على أن يكون المرض مخوفا، بحيث يظن الناس أن حياته فى خطر، فوجع الضرس و العين و الصداع الخفيف، و ما اليه لا يعد من المرض المخوف، فهذا المريض، و من تمرض مرضا مخوفا، ثم عوفى منه، و مات بعد ذلک حكم عطيتهما حكم عطايا الصحيح.

تصرفات الصحيح:

ليس من شك و لا خلاف بين المذاهب ان الصحيح إذا تصرف فى أمواله تصرفا مطلقا و منجزا، أى غير معلق على الموت نفذ تصرفه من الأصل، سواء أ كان تصرفا واجبا، كوفاء الدين، أو محاباة، كالهبة و الوقف.

و إذا علق الصحيح تصرفاته على الموت كانت وصية كما تقدم، فان

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۷۷

لم تكن بالواجب المالى خرجت من الثلث، و ان كانت به فان كانت قضاء دين فمن الأصل عند الإمامية و الشافعية و الحنابلة، و من الثلث عند الحنفية و المالكية، كما مر.

تصرفات المريض:

أما تصرفات المريض، فان كانت معلقة على الموت فهى وصية، و حكمها ما أسلفنا فى وصية الصحيح، إذ لا فرق فى الوصية بين صدورها فى حالة الصحة، و حالة المرض، ما دام المريض ثابت العقل، كامل الإدراك و الشعور.

و إذا تصرف المريض تصرفا مطلقا غير معلق على الموت ينظر: فان عاد التصرف إلى نفسه، كما لو اشترى ثيابا مثمنة، و تلذذ فى مأكله و مشربه، و أنفق على دوائه و تحسين صحته، و سافر للراحة و الاستجمام، و ما إلى ذاك، فكل تصرفاته صحيحة ليس لأحد عليه من سبيل وارثا كان أو غير وارث.

و ان تصرف بدون محاباة، كما لو باع أو أجّر، أو استبدل شيئا من ممتلكاته بعوضه الحقيقى ينفذ عمله من أصل المال، و ليس للوارث معارضته، لأنه لم يفوت عليه شيئا.

و إذا تصرف تصرفا منجزا غير معلق على الموت، و كان فيه محاباة كما لو وهب، أو تصدق، أو ابرأ من الدين، أو عفا عن الجناية الموجبة للمال، أو باع بأقل من قيمة المثل، أو اشترى بالأكثر، أو غير ذلك من التصرفات التى تستدعى ضررا ماليا بالوارث- إذا كان

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۷۸

تصرفه من هذا النوع فإنه يخرج من الثلث «۱». و معنى كونه من الثلث ان نوقف التنفيذ الى ما بعد الموت، فان مات فى مرضه، و اتسع الثلث للتبرعات المنجزة كشف عن كونها نافذة من أول الأمر، و ان ضاق الثلث عنها كشف عن فساد التصرف بمقدار الزائد عن الثلث، مع عدم إجازة الورثة.

بين الوصية و منجزات المريض:

الفرق بين الوصية و منجزات المريض ان التصرف فى الوصية معلق على الموت، أما المنجزات فهى التى لم تعلق على الموت، سواء لم تعلق أبدا، أو علقت على أمر آخر يصح فيه التعليق، كما لو نذر فى مرضه ان يضحى بهذا الكبش إذا رزق ذكرا، ثم ولد له ذكر بعد موته، فيدخل فى منجزات المريض. و قد جاء فى كتاب المغنى فى فقه الحنابلة، و كتاب التذكرة فى فقه الإمامية أن منجزات المريض تشترك مع الوصية فى خمسة أشياء، و تفترق عنها فى ستة. و يظهر من الاتفاق فى لفظ العبارتين ان العلامة الحلى صاحب التذكرة الذى توفى سنة ۷۲۶ ه قد

(١) أما الأربعة فقد اتفقوا على خروجها من الثلث، و اختلف الإمامية فيما بينهم، فأكثر فقهائهم المتقدمين على النفوذ من الأصل، و أكثر المتأخرين على النفوذ من الثلث، و من أنصار الثلث العلامة الحلى و الشهيدان و صاحب الجواهر، و صاحب الشرائع لخبر ابى بصير عن الامام الصادق «للرجل عند موته ثلث ماله» و لصحيح ابن يقطين «للرجل عند موته الثلث و الثلث كثير»، و لم تفرق الاخبار بين الوصية و المنجزات. و فى خبر على بن عقبة فى رجل أعتق مملوكا له، لا يعتق منه إلا الثلث. و لو قال الامام بعد موته لا عند موته لكان حمل قوله على الوصية فى محله.

أخذ عن ابن قدامة صاحب المغنى المتوفى سنة ٦٢٠ ه «١». و من المفيد ان نلخص أقوالهما فيما يلى:

أما الخمسة التى تشترك فيها المنجزات مع الوصية فهى:

١- ان كلا منهما يقف نفوذها على الخروج من الثلث، أو اجازة الورثة.

٢- ان المنجزات تصح للوارث عند الإمامية، تماما كالوصية، و عند الأربعة لا تصح للوارث، كما ان الوصية كذلك.

٣- ان كلا منهما أقل ثوابا عند اللّه من الصدقة فى حال الصحة.

٤- ان المنجزات يزاحم بها الوصايا فى الثلث.

٥- ان خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله، و لا بعده.

و أما الستة التى تفترق بها المنجزات عن الوصية فهى:

١- ان الموصى يجوز له الرجوع عن وصيته، و لا يجوز الرجوع للمعطى فى المرض من عطيته إذا تحقق القبول و القبض من المعطى له، و السر أن الوصية تبرع مشروط بالموت، فما دام الشرط لم يتحقق فإنه يجوز العدول، أما العطية فى المرض فهى مطلقة و غير مشروطة بشىء.

٢- ان المنجزات يكون قبولها، أو ردها على الفور و فى حياة

(١) كثيرا ما ينقل العلامة عبارات المغنى بالحرف، و يعتمد عليه فى معرفة أقوال المذاهب، و قد تبين لى من الاستقراء و التتبع ان التعاون العلمى بين السنة و الشيعة فيما مضى كان أقوى بكثير مما عليه الآن، فالعلامة الحلى ينقل فى التذكرة أقوال المذاهب الأربعة و الظاهرية و غيرهم من مذاهب السنة، و زين الدين العاملى المعروف بالشهيد الثانى كان يدرس الفقه على المذاهب الخمسة فى بعلبك ٩٥٣، و قد درس فى دمشق و الأزهر، و كذا الشيخ على بن عبد العال المعروف بالمحقق الثانى (ت ٩٤٠ ه) درس فى الشام و الأزهر. و ان دل هذا على شىء فإنما يدل على تجرد علماء الإمامية، و طلبهم العلم للعلم: و على عملهم بالحديث الشريف: «الحكمة ضالة المؤمن يأخذها أتى وجدها»، كما يدل فى الوقت نفسه على وحدة أصول الفقه و مصادره عند جميع المذاهب.

المعطى، أما الوصية فلا حكم لقبولها، و لا لردها إلا بعد الموت.

٣- ان المنجزات تفتقر الى شروط، كالعلم بحقيقة العطية و عدم الضرر، و الوصية لا يشترط فيها ذلك.

٤- ان المنجزات تقدم على الوصية إذا ضاق الثلث عنهما معا، إلا فى العتق، فإن الوصية به تقدم على غيره من العطايا المنجزة، و هو رأى الإمامية و الحنفية و الشافعية (التذكرة باب الوصية).

۵- ان المنجزات إذا ضاق عنها الثلث بـدئ بالأول فالأول عند الشافعيۀ و الحنابلۀ، أما الوصـيۀ إذا ضاق عنها الثلث فيدخل النقص على الجميع، كما أشرنا فى تزاحم الوصايا. و الإماميۀ يبدأون بالأول فالأول فى المنجزات و الوصايا.

۶- ان المريض إذا مات قبل ان يقبض المعطى له العطيۀ كانت الخيرۀ للورثۀ، ان شاءوا أعطوا، و ان شاءوا منعوا، أما الوصيۀ فتلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم.

ذكر هـذا الأـمر السـادس صـاحب المغنى، و لم يـذكره صـاحب التـذكرۀ، و الأولى تركه، كما فعل العلامـۀ الحلى، لأن منجزات المريض، تشـتمل على موضوعات شتى، منها الهبۀ، و منها الإبراء من الدين، و منها المحاباۀ فى البيع أو الشـراء، إلى غير ذلك. و إذا لم تنحصـر المنجزات فى الهبـۀ فلاـ يأتى القول «بأن المريض إذا مات قبل ان يقبض المعطى له» هـذا أولا، و ثانيا ان المريض إذا وهب و مات قبل ان يقبض الموهوب له تبطل الهبۀ عند الحنابلۀ و الشافعيۀ و الإماميۀ و الحنفيۀ، لأن القبض شرط فى إتمامها، و ان قبض الموهوب له قبل الموت تمت الهبۀ، و حسـبت من الثلث كالوصـيۀ. و لا يتوقف نفوذها على اجازۀ الورثۀ، ما دامت لا تتجاوز الثلث. فهى قبل القبض و بعد الموت ليست من المنجزات أصـلا، حتى يقال بأنها تفترق عن الوصيۀ و تجتمع معها. و بعد القبض

الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج۲، ص: ۴۸۱

يكون حكمها حكم الوصيۀ، و بذا يتبين ان ذكر الأمر السادس فى غير محله.

إقرار المريض:

اتفـق الأربعـۀ على ان المريض إذا أقر بـدين لغير الـوارث نفـذ الإـقرار من الأصـل تمامـا كالإـقرار فى الصـحۀ، و اختلفـوا إذا أقر للوارث، فقـال الحنفيـۀ و الحنابلـۀ: لاـ يلزم بـاقى الورثـۀ بهـذا الإقرار، بل يكون الإقرار لغوا إلا إذا أقام الوارث بينـۀ شـرعيۀ تثبت الدين.

و قال المالكيـۀ: يصـح الإقرار إذا لم يتهم الميت بالمحاباۀ، و يبطل إذا اتهم، كمن له بنت و ابن عم، فأقر لابنته لم يقبل، و ان أقر لابن عمه قبل، لأنه لا يتهم فى انه يحرم ابنته، و يفضلها على ابن عمه.

و علۀ منع الإقرار التهمۀ، فاختص المنع بموضوعها (المغنى ج ۵ باب الإقرار).

و قـال الإماميـۀ: إذا أقر، و هو فى مرض الموت، لوارث، أو لأـجنبى بـدين أو عين، ينظر: فإن كان هناك قرائن يظن معها انه غير صـادق فى إقراره، بـل متهم فيه، حيث يستبعد فى العـادۀ أن يكون الشـىء المقر به حقا ثابتا للشـخص المقر له، و لكن المريض يريـد ان يؤثره على غيره لسبب من الأسـباب- ان كـان الأـمر على هـذا فحكم الإـقرار حكم الوصـيۀ ينفـذ من الثلث. و ان كـان المريض مأمونـا فى إقراره بحيث لم يكن هناك آيـۀ قرينـۀ تـدل على انه كاذب فى قوله- كما لو كان بينه و بين المقر له معاملۀ سابقۀ تستدعى ذلك بموجب العادۀ- ينفذ الإقرار من الأصل بالغا ما بلغ.

هذا إذا علم حال المقر، أما إذا جهل: هل هو متهم أو مأمون؟

و قال الوارث: ان مورثه غير أمين بإقراره فعلى المقر له بالمال ان يثبت

الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج۲، ص: ۴۸۲

انه يملك الشـىء الـذى أقر له به المريض، فـإن أثبت ذلـك بالبينـۀ ينفـذ الإـقرار من الأصل، و إلا يحلف الوارث انه لا يعلم ان الشـىء الذى أقر به المورث هو لفلان، ثم ينفذ الإقرار من الثلث. و اسـتدل الإماميۀ بروايات عن أهل البيت مثل روايۀ أبى بصـير

«إذا كان مصدقا يجوز» و غيرها، و «إذا» تفيد الشرط، فيكون النفوذ مشروطا بالأمانة و التصديق «١».

---

(١) ملحق حاشية المكاسب للسيد كاظم اليزيدى.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ۴٨٣

الوصاية

اشارة

الوصاية هى ان يعهد انسان لآخر بتنجيز وصاياه بعد موته، كوفاء ديونه، و استيفائها، و رعاية أطفاله و الإنفاق عليهم، و ما الى ذاك، و يعبر عنها بالولاية، و بالوصية العهدية، و يسمى الشخص المعهود إليه بالوصى المختار.

شروط الوصى:

١- ان يكون مكلفا، أى عاقلا بالغا، لأن المجنون و الصغير لا ولاية لهما على أنفسهما، فكيف يتوليان أمور الغير؟! سوى ان الإمامية قالوا: لا تصح وصاية الصبى منفردا، و تصح منضما الى البالغ، فيتصرف الكبير منفردا حتى يبلغ الصغير، فيشاركه فى التصرف.

و قال الحنفية: إذا أوصى الى صغير استبدله القاضى بغيره، و إذا تصرف الصغير قبل ان يعزله القاضى صح تصرفه و كان نافذا. و كذا إذا بلغ قبل العزل، فإنه يستمر فى الوصاية (الفقه على المذاهب الأربعة و تذكرة الحلى).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ۴٨۴

٢- تعيين الوصى بالذات، فإذا أوصى إلى أحد هذين و لم يعين، بطلت الوصية.

٣- تعيين الموصى به، فإذا أطلق الوصية، و قال: فلان وصى، و لم يبين على أى شىء، بطلت الوصاية عند الإمامية و الحنفية و الشافعية و الحنابلة. و نقل عن مالك انه يكون وصيا فى كل شىء.

۴- أن يكون الوصى مسلما، فلا تصح وصية المسلم الى غير المسلم بالاتفاق، و لكن الحنفية قالوا: إذا اوصى الى غير المسلم كان على القاضى ان يستبدله بمسلم، إلا ان الوصية تقع صحيحة فلو تصرف الوصى غير المسلم قبل ان يخرجه القاضى، أو أسلم، يبقى على الوصاية، كما هى الحال فى الصبى.

۵- قال الشافعية: يجب أن يكون الوصى عادلا.

و قال المالكية و الحنفية و المحققون من الإمامية: تكفى الامانة و الوثاقة، لأن العدالة هنا وسيلة و ليست بغاية، فإذا قام الوصى بالمهام كما يجب فقد حصل المطلوب «١».

و قال الحنابلة: إذا كان الوصى خائنا جعل القاضى معه أمينا، و يتفق هذا مع ما جاء فى الجزء الثانى من منهاج الصالحين للسيد الحكيم، حيث قال: «إذا ظهرت منه الخيانة ضم إليه أمينا يمنعه عن الخيانة، فان لم يمكن ذلك عزله و نصب غيره».

۶- جاء فى الجزء الثالث من الفقه على المذاهب الأربعة باب الوصية أن الحنفية و المالكية و الشافعية يشترطون فى الوصى أن يكون قادرا على

(۱) اختلف الإمامیة فیما بینهم: هل العدالة شرط فی الوصی؟ فالمشهور علی شرط العدالة، و المحققون علی الاکتفاء بالأمانة و الوثاقة، و قول ثالث علی عدم ظهور الفسق، و الحق هو الوسط لعموم الأدلة الشاملة للعادل و غیره، و خرج عن الأدلة غیر الأمین لأن تصرفاته لا تحقق غرض الموصی، و تضر بالقاصر.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۸۵

القیام بما أوصی الیه به.

و قال العلامة الحلی فی التذکرة: الظاهر من مذهب علمائنا، أی الإمامیة، جواز الوصیة إلی من یعجز عن التصرف، و ینجبر نقصه بنظر الحاکم، أی أن القاضی یشرف علی تصرفاته بنفسه، أو یضم إلیه أمینا قادرا.

رد الوصایة:

للموصی أن یرجع عن الوصایة، و للوصی أن یرفض و یرد مع إعلام الوصی بالرد، لأن الوصیة العهدیة فی هذه الحال جائزة بالاتفاق، و اختلفوا فی جواز رد الوصایة من الوصی مع عدم إعلام الموصی، قال الإمامیة و الحنفیة: لا یجوز للوصی أن یرد الوصیة بعد الموت بحال من الأحوال، و لا أن یرد فی حیاة الموصی إلا مع اعلامه بالرد.

و قال الشافعیة و الحنابلة: للوصی أن یرد الإیصاء إلیه ابتداء و استدامة دون قید أو شرط، فیرد قبل قبول الوصیة، و بعدها، و فی حیاة الموصی مع الاعلام و بدونه، و بعد موته أیضا (المغنی ج ۶ باب الوصیة).

الوصیة لاثنین:

و اتفقوا علی ان للمیت أن یجعل الوصایة لاثنین أو أکثر، فإن نص علی أن لکل منهما الاستقلال فی التصرف، عمل بنصه. و کذا إذا نص علی العمل مجتمعین فلیس لأحدهما الانفراد عن الآخر. و اختلفوا فیما إذا أطلق، و لم یعین الاستقلال و لا الاجتماع، قال الإمامیة و المالکیة و الشافعیة و الحنابلة: لیس لأحدهما الانفراد بالتصرف فی شیء، فان تشاحنا، و لم یجتمعا أجبرهما القاضی علی الاجتماع، فان تعذر استبدل بهما.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۸۶

و قال الحنفیة: ینفرد کل واحد منهما بسبعة أشیاء: کفن المیت، و قضاء دینه، و إنقاذ وصیته، و رد الودیعة بعینها، و شراء ما لا بد منه من الکسوة و الطعام للصغیر، و قبول الهبة له، و الخصومة عن المیت فیما یدعی له أو علیه، لأن هذه یشق الاجتماع علیها، و یضر تأخیرها، فجاز الانفراد بها (وسیلة النجاة للسید أبو الحسن فی فقه الإمامیة و المغنی ج ۶ باب الوصیة).

و قال فی الوسیلة: لو مات أحد الوصیین، أو طرأ علیه الجنون، أو غیر ذلک مما یوجب ارتفاع وصایته استقل الآخر، و لا یحتاج الی ضم شخص جدید.

و قال فی المغنی: بل علی القاضی أن یضم إلیه أمینا، لأن الموصی لم یرض بنظر الباقی منهما وحده، و لم یذکر خلافا فی ذلک إلا عن أصحاب الشافعی.

و ان ماتا معا، أو تغیر حالهما بما یوجب عزلهما فهل علی القاضی أن یقیم اثنین مقامهما أو یکتفی بالواحد؟ فیه خلاف، و الحق ان علی القاضی ان یراعی المصلحة، فإن اقتضت اقامة اثنین فعل، و الا اکتفی بالواحد، لأن المهم تأدیة الوصیة علی وجهها، و

تعدد الأوصياء غالبا ما يكون لسبب خاص من شفقة الوصى و عطفه على القاصر، أو لصداقة بينه و بين الموصى. و مهما شككنا فى شىء فاننا لا نشك فى انه إذا مات الوصى واحدا كان أو أكثر تكون الحال كأنه لم يكن وصى من أول الأمر.

و قال الإمامية و الشافعية و الحنابلة فى أظهر الروايتين عن أحمد: ليس للوصى أن يفوض أمر الوصاية إلى غيره بدون اذن الموصى.

و قال الحنفية و المالكية: يجوز للوصى أن يوصى الى غيره بما أوصى به اليه غيره.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۸۷

الإيصاء بالزواج:

اختلفوا: هل لمن له الولاية فى الزواج أن يوصى به، فيقول للوصى:

أقمتك وصيا على زواج ابنتى فلانة أو ابنى فلانا؟ قال مالك: يجوز ذلك. و قال احمد: ان نص الأب على زوج معين صحت الوصاية بالزواج، و الا فلا.

و نقل الشيخ أبو زهرة فى كتاب الأحوال الشخصية باب الولاية عن جمهور الفقهاء ان الإيصاء بالزواج لا يجوز، و به قال الإمامية.

إقرار الوصى:

إذا أقر الوصى بدين أو عين على الميت، فلا ينفذ إقراره بحق الصغير:

و لا بحق غيره من الورثة، لأنه إقرار بحق الغير، و عند الخصومة يعتبر الوصى شاهدا يشترط فيه ما يشترط فى الشاهد، إذا لم يكن هو أحد طرفى الدعوى.

و إذا شهد الوصى للأطفال، أو للميت لا تقبل شهادته، لأنه يثبت لنفسه التصرف فيما يشهد به.

ضمان الوصى:

إذا تلف شىء فى يد الوصى فلا ضمان عليه إلا مع التعدى و التقصير.

إذا كبر الصغير و ادعى الخيانة على الوصى أو التقصير، فالبينة على الصغير، و اليمين على الوصى، لأن الوصى أمين، و فى الحديث:

«ليس على الأمين إلا اليمين».

و لكل إنسان أن يقيم الدعوى على الوصى بأنه خائن أو مقصر، على

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۸۸

شريطة ان يكون مخلصا فى قصده متقربا إلى اللّه بعمله، أما إذا علم بأنه لا يبغى إلا التنكيل و التشهير بالوصى لعداوة بينهما فلا تسمع دعواه.

إذا مات انسان بدون وصية، و تعذر الرجوع إلى القاضى يجوز لثقة أمين من المسلمين ان يتولى أموره فيما فيه الخير و الصلاح بخاصة فى المسائل الضرورية التى لا يمكن تأخيرها، و على القاضى فيما بعد ان يمضى تصرفاته، و لا يجوز له فسخها.

إثبات الوصية:

اتفقوا على ان الوصية بالمال و المنفعة تثبت بشهادة رجلين، أو رجل و امرأتين من عدول المسلمين، لقوله تعالى وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ، و اختلفوا فى قبول شهادة العدول من أهل الذمة فى خصوص إثبات الوصية، قال الإمامية و الحنابلة: تجوز شهادة أهل الكتاب فى الوصية فى خصوص السفر إذا لم يوجد غيرهم، لقوله تعالى يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهادَةُ بَيْنِكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ- ۱۰۶ المائدة.

و قال الحنفية و المالكية و الشافعية: لا تقبل شهادة غير المسلم بحال لا فى الوصية و لا فى غيرها، و قالوا: ان المراد بقوله تعالى مِنْ غَيْرِكُمْ اى من غير عشيرتكم، لا من غير دينكم (المغنى ج ۹ باب الشهادة).

و قال الشافعية و الحنابلة و الإمامية: يثبت المال بشاهد واحد و يمين.

و قال الحنفية: لا يقضى بشاهد و يمين (المغنى ج ۹ باب الشهادة، و الجواهر باب الشهادة).

و قال الإمامية: يثبت ربع المال الموصى به بشهادة امرأة واحدة، و نصفه بشهادة امرأتين، و ثلاثة أرباعه بثلاث نساء، و الكل بأربع

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۸۹

بشرط العدالة فى جميع الحالات، و هذا الحكم مما اختص به الإمامية من دون المذاهب، للنصوص الصحيحة عن أهل البيت.

هذا، بالنسبة إلى الوصية بالمال أو المنفعة، اما الوصاية فلا تثبت إلا بشهادة رجلين مسلمين عدلين، فلا تقبل شهادة أهل الكتاب، و لا شهادة النساء منفردات و لا منضمات، و لا شهادة رجل و يمين باتفاق الجميع.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۹۱

المواريث

اشارة

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۴۹۳

أحكام التركة

التركة:

المراد بتركة الميت الأشياء التالية:

۱- ما ملكه قبل الموت عينا كان أو دينا، أو حقا ماليا، كحق التحجير، كما لو قصد إحياء أرض موات فحجرها بحائط و نحوه، فيكون أولى بها من غيره، أو حق الخيار فى بيع أو شراء، أو حق الشفعة، أو القصاص و الجناية إذا كان وليا عن المقتول، كما لو قتل ولده شخص، ثم مات القاتل قبل الاستيفاء منه، فان حق القصاص ينقلب مالا يؤخذ من تركة القاتل تماما كالدين.

۲- ما يملكه بالموت، كالدية خطأ أو عمدا، كما إذا أخذ الأولياء الدية من القاتل بدلا عن القصاص، فحكم الدية حكم سائر الأموال يرث منها الجميع، حتى الزوج و الزوجة «۱».

٣- ما يملكه بعد الموت، كالصيد الواقع فى الشبكة التى نصبها فى حياته، و كما إذا كان مديونا فأبرأه صاحب الدين بعد مماته، أو

---

(١) قال صاحب الجواهر: ان المشهور بين فقهاء الإمامية عدم توريث من يتقرب بالأم من دية الخطأ و العمد. اما القصاص فيرثه من يرث المال عدا الزوج و الزوجة، و لكنهما يرثان دية القصاص.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤٩٤

تبرع متبرع بوفاء ديونه، أو جنى عليه جان بعد موته، فقطع يده أو رجله، فأخذ منه الدية، كل هذه تحسب من التركة «١».

الحقوق المتعلقة بالتركة:

يتعلق بتركة الميت حقوق متنوعة، منها ما يخرج من الثلث، و تقدم الكلام عنها فى باب الوصية، و منها ما يخرج من الأصل، و هى أيضا على أنواع، فان و فى بها المال نفذت بكاملها، و ما يفضل عنها و عن الوصية فللورثة بالاتفاق، و ان ضاق المال عن جميعها يقدم الأهم على المهم، فإن بقى شىء بعد استيفاء السابق بدئ باللاحق، و إلا اختصر التنفيذ على المتقدم، و اختلفوا فى كيفية ترتيب الحقوق، و تعيين الأهم منها.

قال الإمامية: يبتدأ أولا، و قبل كل شىء بالتجهيز الواجب من ثمن الكفن، و تكاليف الغسل، و اجرة الحمل و الحفر، ان دعت الحاجة إليها، أوصى بذلك، أو لم يوص، فتجهيز الميت عندهم مقدم على الديون، سواء أ كانت حقا للّه أم حقا للناس، و مما استدلوا به رواية السكونى عن الامام جعفر الصادق: «أول شىء يبدأ به من المال الكفن، ثم الدين، ثم الوصية، ثم الميراث». و اختلف فقهاء الإمامية فيما بينهم فى صورة ما لو تعلق حق الغير بعين التركة، كما إذا مات عن عين بعد ان رهنها عند زيد، و كانت كل ما يملك. فذهب جماعة منهم الى ان حق التجهيز مقدم على حق الرهانة، لإطلاق الروايات، و منها رواية السكونى المتقدمة التى لم تفرق بين المال المرهون و غير المرهون، و ذهب آخرون الى ان حق الرهانة مقدم، لأن صاحب المال ممنوع شرعا

---

(١) سفينة النجاة للشيخ أحمد كاشف الغطاء باب الوصايا.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٤٩٥

من التصرف فى المرهون، و الممنوع شرعا كالممنوع عقلا «١».

و بعد التجهيز يبدأ بوفاء الدين، سواء أ كان للناس، أم للّه، كالخمس و الزكاة و الكفارات ورد المظالم «٢» و حجة الإسلام، و ما إلى ذلك من الحقوق المالية الإلهية و غير الإلهية، فإنها جميعا فى مرتبة واحدة، فإذا لم يف المال وزع على الجميع بالنسبة تماما كغرماء المفلس «٣» و لا يستثنى من ذلك الا الخمس و الزكاة إذا تعلقا بعين النصاب الموجودة بالفعل، فيقدمان، و الحال هذه، على غيرهما، أما إذا كانا فى الذمة فحالهما كحال سائر الديون.

و تتفق المذاهب الأربعة مع الإمامية على ان التجهيز يقدم على الديون التى تتعلق بالتركة قبل الوفاة، ثم اختلف الأربعة فيما بينهم فى تقديم التجهيز على الديون المتعلقة بالتركة، كالعين التى رهنها المالك قبل موته، قال الحنفية و المالكية و الشافعية: ان الحقوق المتعلقة بأعيان التركة تقدم على التجهيز (حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ج ١ فصل الميت.

و أبو زهرة الميراث عند الجعفرية ص ۴۰ طبعة ۱۹۵۵).

---

(۱) هذا دليل السيد الحكيم فى المستمسك باب كفن الميت، و قال الشيخ محمد أبو زهرة فى كتاب «الميراث عند الجعفرية»: «يظهر فى هذه الحال ان حق الدائنين حق عينى يسبق كل الحقوق»، ينسب الشيخ بعبارته هذه إلى الإمامية الاتفاق على تقديم حق الرهانة على التجهيز، مع ان المسألة خلافية بينهم، و لا شهرة لأحد القولين حتى تصح نسبة الاتفاق.

(۲) تفترق أموال المظالم عن المغصوب. ان المظالم أن يختلط المال الحرام بغيره و لا يمكن تمييزه مع الجهل بصاحبه، و المغصوب معلوم مالكه، و تفترق المظالم عن مجهول المالک. ان مجهول المالک لا يشترط فيه الجهل بالمال و الاختلاط بالغير، و حكم المظالم التصدق بها عن صاحبها بعد اليأس من معرفته.

(۳) قال السيد الحكيم فى الجزء السابع من مستمسک العروة مسألة ۸۳: «هذا، أى التوزيع بالنسبة، هو المعروف بيننا، و تقتضيه قاعدة الترجيح بلا مرجح» و قول الرسول:

«دين اللّه أحق ان يقضى» لا يراد منه التفضيل، بل مجرد البيان بأن حق اللّه يجب قضاؤه و لا يجوز إهماله.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۹۶

و قال الحنابلة: يقدم التجهيز على جميع الحقوق و الديون، و لو برهن و ارش الجناية و غيرهما (التنقيح فى فقه الحنابلة ص ۷۱ المطبعة السلفية).

و إجمالا يقدم التجهيز على الديون غير المتعلقة بأعيان التركة عند الجميع، و تقدم الديون المتعلقة بالتركة على التجهيز عند الحنفية و الشافعية و المالكية، و يقدم التجهيز فى هذه الصورة عند الحنابلة، اما الإمامية فمنهم من وافق الثلاثة، و منهم من وافق الحنابلة.

الورثة و تركة الميت:

اتفقوا على ان التركة تنتقل إلى ملك الورثة بمجرد الموت إذا لم يكن هناک دين و لا وصية، كما اتفقوا ايضا على انتقال ما زاد على الدين و الوصية إلى الورثة، و اختلفوا فيما يساوى الدين و الوصية من التركة:

هل ينتقل إلى الورثة أم لا؟

قال الحنفية: ان الجزء الذى تساوى قيمته مقدار الدين لا يدخل فى ملک الورثة، و عليه فإذا كانت مستغرقة بالدين فالورثة لا يملكون شيئا منها، و لكن لهم حق استخلاصها من الدائن بسداد ما عليها من الدين، و إذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين فيملكون منها ما لا يقابل الدين.

و قال الشافعية و جمهور الحنابلة: ان ملكية الورثة تثبت فى التركة المدينة، سواء أ كان الدين يقابل جميع التركة أو بعضها إلا أن الدين يتعلق بها جميعا، و هى ضامنة له (أبو زهرة الميراث عند الجعفرية).

و اختلف الإمامية فيما بينهم، فذهب أكثر فقهائهم إلى ان التركة تنتقل إلى الورثة فى الدين المستغرق لها و غير المستغرق، و ان الدين يتعلق بها بنحو من الأنحاء، إما كتعلق حق الرهانة، و اما كتعلق حق الجناية القائم بالعبد الجانى، و إما تعلقا مستقلا لا يشبه هذا و لا ذاک. و على آية

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۹۷

حال فالدين لا يمنع من أصل الميراث، و انما يمنع من التصرف فيما يقابل الدين، و هذا قريب من رأى الشافعية (الجواهر و المسالك باب الميراث).
و تظهر فائدة الخلاف فى النماء المتخلل بين الوفاة و وفاء الدين، فعلى قول الشافعية و الحنابلة و أكثر الإمامية يكون النماء للورثة، يتصرفون فيه دون معارض من أصحاب الدين و غيرهم، و على رأى الحنفية يكون النماء تابعا للتركة فى تعلق الديون المتعلقة به.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۹۸

الموجبات و الموانع

الموجبات:

موجبات الإرث ثلاثة:
القرابة، و النكاح بعقد صحيح، و الولاء، و لنا ان نرجع هذه الموجبات إلى أمرين فقط، الى سبب و نسب، فالنسب هو القرابة، و السبب يشمل النكاح و الولاء. و الولاء رابطة بين شخصين تجعل بينهما لحمة كلحمة النسب، فمن أعتق عبده يصبح مولى له، و يرث ان لم يكن للعبد المعتق وارث، و نترك الحديث عن الولاء بشتى معانيه و اقسامه، لأنه لا وجود له اليوم، و نتكلم عن الموجبين الآخرين:
و تتحقق القرابة بعلاقة الولادة الشرعية بين شخصين، اما بانتهاء أحدهما إلى الآخر، كالاباء و ان علوا، و الأبناء و ان نزلوا، و أما بانتهائهما إلى ثالث، كالأخوة و الأعمام و الأخوال. و الولادة الشرعية تشمل الزواج الشرعى، و النكاح بشبهة. أما الزوجية فلا تتحقق إلا بعقد صحيح بين الرجل و المرأة. و لا خلاف فى ثبوت التوارث بين الزوجين، و انما الخلاف فى توريث بعض الأقارب، فقد نفاهم الشافعية و المالكية من الميراث كلية، و اعتبروهم تماما كالأجانب، و هم
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۴۹۹
ولد البنات، و ولد الأخوات، و بنات الأخوة، و ولد الاخوة من الأم، و العمات من جميع الجهات، و العم من الأم، و الأخوال و الخالات، و بنات الأعمام، و الجد أبو الأم، فإذا مات انسان، و لا قريب له إلا واحد من هؤلاء تكون تركته لبيت المال، و لا يعطون شيئا عند الشافعى و المالكى، لأنهم ليسوا من ذوى الفروض، و لا من العصبات (المغنى ج ۶ ص ۲۲۹ الطبعة الثالثة).
و ذهب الحنفية و الحنابلة إلى توريثهم فى حالة خاصة، و هى إذا فقد أصحاب الفروض و العصبات.
و قال الإمامية بتوريثهم بدون هذا القيد، و يأتى التفصيل:

موانع الإرث:

اشارة

اتفقوا على ان موانع الإرث ثلاثة: اختلاف الدين، و القتل، و الرق.
و نهمل الكلام عن الرق، و نتكلم عن المانعين الآخرين.

اختلاف الدين:

اتفقوا على ان غير المسلم لا يرث المسلم «١» و اختلفوا، هل يرث المسلم من غير المسلم؟

قال الإمامية: يرث.

و قال الأربعة: لا يرث.

و إذا كان أحد أبناء الميت، أو أقاربه غير مسلم، ثم أسلم بعد موت

---

(١) المسلم يعم جميع أهل القبلة: فالسنى يرث الشيعى، و بالعكس بنص الكتاب و السنة و الإجماع، بل هذا الحكم من ضرورات الدين تماما، كوجوب الصوم و الصلاة.

المورث، و بعد قسمة التركة بين الورثة فلا يرث بالاتفاق، و اختلفوا إذا أسلم بعد الموت، و قبل القسمة: هل يرث أو لا؟

قال الإمامية و الحنابلة: يرث.

و قال الشافعية و المالكية و الحنفية: لا يرث.

و قال الإمامية: إذا كان الوارث المسلم واحدا يختص بالإرث، و لا ينفع إسلام من أسلم فى استحقاق الإرث.

المرتد:

و المرتد عن دين الإسلام لا يرث عند الأربعة، سواء أ كان ارتداده عن فطرة، أم عن ملة «١» إلا أن يرجع و يتوب قبل القسمة (المغنى ج ۶).

و قال الإمامية: المرتد عن فطرة إذا كان رجلا يقتل، و لا يستتاب، و تعتد امرأته عدة الوفاة من حين الارتداد، و تقسم تركته، و ان لم يقتل، و لا تقبل توبته بالنسبة إلى فسخ الزواج و تقسيم التركة و وجوب القتل، و تقبل فى الواقع و عند اللّه، و بالنسبة إلى الأمور الأخرى من طهارة بدنه و صحة عباداته، كما انه يملك بعد التوبة الأموال الجديدة بسبب العمل و التجارة و الإرث.

أما المرتد عن ملة فإنه يستتاب، فان تاب فله ما للمسلمين، و عليه ما عليهم، و إلا قتل، و تعتد زوجته من حين الارتداد عدة الطلاق، فان تاب فى العدة رجعت اليه، و لا تقسم تركته، حتى يقتل أو يموت.

أما المرأة فلا تقتل، سواء أ كان ارتدادها عن فطرة أم عن ملة بل

---

(١) المرتد عن فطرة من ولد مسلما، ثم رجع عن الإسلام، و المرتد عن ملة من ولد كافرا، فأسلم و بعد الإسلام رجع عنه.

تحبس، و تضرب أوقات الصلاة، حتى تتوب، أو تموت، و لا تقسم تركتها إلا بعد الموت (وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن، و سفينة النجاة للشيخ أحمد كاشف الغطاء باب الإرث).

ميراث أهل الملل:

قال المالكية و الحنابلة: لا يرث أهل الملل بعضهم من بعض، فلا يرث اليهودى من النصرانى، و لا النصرانى من اليهودى، و كذا من عداهما من أهل الأديان المختلفة.

و قال الإمامية و الحنفية و الشافعية: بل يرث بعضهم من بعض، لأنهم ملة واحدة، كلهم غير مسلمين. و لكن الإمامية اشترطوا فى إرث غير المسلم من مثله عدم وجود الوارث المسلم، فان وجد، و ان كان بعيدا يحجب غير المسلم، و ان كان قريبا، و هذا الشرط غير معتبر عند الأربعة، لأن المسلم عندهم لا يرث غير المسلم، كما قدمنا.

(غاية المنتهى ج ۲ و ميزان الشعرانى، و الجواهر و المسالك).

الغلاة:

اتفق المسلمون كلمة واحدة على ان الغلاة مشركون ليسوا من الإسلام و المسلمين فى شىء، و لكن الإمامية بوجه خاص تشددوا فى أمر الغلاة إلى أقصى الحدود، لأن الكثير من إخوانهم السنة قد حملوهم أوزار الغلاة ظلما و عدوانا، فقد صرح علماء الإمامية فى كتب العقائد و الفقه بكفر الغلاة، من ذلك ما جاء فى كتاب «شرح عقائد الصدوق» للشيخ المفيد ص ۶۳ طبعة ۱۳۷۱ ه، قال: «الغلاة المتظاهرون بالإسلام هم الذين نسبوا عليا أمير المؤمنين و الأئمة من ذريته إلى الألوهية و النبوة،

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۰۲

و وضعوهم من الفضل فى الدين و الدنيا الى ما تجاوزوا فيه الحد، و خرجوا عن القصد، و هم ضلال كفار حكم فيهم أمير المؤمنين بالقتل و التحريق بالنار، و قضت عليهم الأئمة بالإكفار، و الخروج عن الإسلام».

و ذكروهم فى كتب الفقه فى باب الطهارة، حيث حكموا بنجاستهم، و ذكروهم أيضا فى باب الزواج، حيث قالوا بعدم جواز تزويجهم، و الزواج منهم، مع أنهم أجازوا الزواج بالكتابيات، و ذكروهم فى باب الجهاد، حيث جعلوهم من المشركين- فى حالة الحرب- كيف اتفق، كإلقاء النار عليهم، و قذفهم بها، و ذكروهم فى باب الإرث، حيث منعوهم من ميراث المسلمين «۱».

منكر الضرورة:

اتفقوا على كفر من أنكر شيئا ثابتا و معلوما من الدين بالضرورة، فقال للحرام: هذا حلال، و للحلال: هذا حرام، و دان بذلك فعندها يخرج من الإسلام، و يدخل فى الكفر، و من هذا الباب من كفّر مسلما.

و من الخير ان نشير هنا إلى أمرين ذكرهما بنحو التفصيل الشيخ المتبحر شيخ علماء الإمامية آقا رضا الهمدانى فى الجزء الأول من «مصباح الفقيه».

---

(۱) و الذى أعتقده انه لا وجود اليوم لمن يؤله عليا و أولاده، و ان هذه الطائفة قد بادت، و انى زرت بنفسى بلاد العلويين فى سورية الذين اتهموا بهذا الافتراء، و مكثت بينهم أياما، و تنقلت فى بلادهم من قرية إلى أخرى، فرأيتهم يقيمون شعائر الإسلام كأى بلد مسلم دون أدنى تفاوت، و ما ذا نقول لمن يعلن على المآذن فى أوقات الصلاة: «لا إله إلا اللّه محمد رسول اللّه»؟. أ ليس نفى الألوهية عمن عدا اللّه سبحانه يتنافى مع القول بألوهية غيره؟! فكيف اذن تصح نسبة الغلو إليهم؟!. و قال اللّه سبحانه وَ لَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَىٰ إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِناً ۹۳ النساء.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۵۰۳

الأمر الأول: لو ان إنسانا أظهر الإسلام، و نطق بالشهادتين و لم نعلم هل أظهر ذلک رياء بدون ايمان و اعتقاد، أو نطق بهما مؤمنا؟ لو كان الأمر كذلک يحكم بإسلامه من غير خلاف، أما إذا علمنا بكذبه، و انه لا يؤمن باللّه و لا بالرسول، و انما أظهر الإسلام رياء و نفاقا لمأرب خاص، فهل نرتب عليه آثار الإسلام؟

و يتلخص قول الشيخ بأن لهذا المنافق واقعا و ظاهرا، فواقعه غير مسلم، و ظاهره الإسلام، و علينا أن نترک أمر الواقع للّه سبحانه، و ليس من شک انه يعامله معاملة غير المسلم، لأن المفروض انه كذلک واقعا، أما نحن معاشر المسلمين فنأخذ بالظاهر، فنخالطه مخالطة المسلمين من المناكحة و التوارث، لأننا مأمورون بذلک، فقد جاء فی الحديث «من قال لا إله إلا اللّه حقن دمه و ماله» أی يجری عليه حكم الإسلام، سواء علمنا بصدقه أو بكذبه أو شككنا، و يشهد بذلک معاملة الرسول مع المنافقين كمعاملته مع سائر المسلمين، مع انه على علم بنفاقهم.

الأمر الثانی: ان السر لإجماع المسلمين على كفر من أنكر حكما ضروريا هو ان هذا الإنكار يستدعی إنكار رسالة الرسول بالذات، و يتفرع عن ذلک ان المنكر إذا تنبه إلى أن إنكاره مستلزم لإنكار نبوة محمد و رسالته يكون غير مسلم بلا شک، و أما إذا لم يتنبه إلى ذلک، و كان غافلا عنه بالمرة، أو كان معتقدا أن إنكاره لا يستدعی إنكار النبوة فهل يكون غير مسلم؟

و يتلخص جواب الشيخ بأن لهذا الغافل حالات، فتارة تنشأ غفلته عن انهماكه فی المعاصی، و عدم مبالاته بالحرام، كمن داوم على الزنا من يومه الأول، و استمر إلى الكهولة، و تولد عن هذا الاستمرار الاعتقاد بحله و عدم حرمته، و هذا كافر قطعا.

و تارة تنشأ غفلته عن تقليد من لا يجوز تقليده و الأخذ بقوله، و هذا

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۵۰۴

غير مسلم أيضا، حتى و لو اعتقد أن إنكاره لا يستدعی إنكار الرسالة «۱».

و ثالثا لا يكون سبب الغفلة أحد هذين، بل كان ذهوله ناشئا عن عدم الانتباه لمقام الرسالة، بحيث إذا تنبه إليها رجع عن إنكاره، و هذا مسلم بلا ريب، لأنه أشبه بمن أنكر على الرسول أمرا، و هو يجهله، و لما عرف انه الرسول رجع و أناب.

و هناک حالات أخرى ذكرها صاحب مصباح الفقيه تركناها لضيق المقام، و من أحب التفصيل فليرجع الى المجلد الأول من الكتاب المذكور.

القتل:

اتفقوا على ان القتل عمدا بغير حق يمنع من الإرث، لحديث «لا ميراث للقاتل» و لأنه تعجل الميراث فعومل بخلاف قصده، و اختلفوا فيما عدا ذلک.

قال الإمامية: من قتل قريبة قصاصا، أو دفاعا عن نفسه، أو بأمر الحاكم العادل، و ما الى ذاک من المسوغات الشرعية، فالقتل، و الحال هذه، لا يمنع من الإرث، و كذلک القتل خطأ غير مانع «۲».

و قال صاحب الجواهر: «عمد الصبی و المجنون بحكم الخطأ، كما ان الخطأ يشمل شبه العمد» و مثال شبه العمد أن يضرب أب ولده بقصد التأديب فيموت بسبب الضرب. و قال السيد أبو الحسن الأصفهانی فی الوسيلة: «بعض التسبيبات التی قد يترتب عليها التلف كحفر البئر فی الطريق إذا وقع القريب فيها يرث الحافر من قريبه و ان وجب عليه الضمان و دفع الدية» و على هذا فلا مانعة جمع بين دفع الدية و استحقاق الإرث.

(١) هذا إذا كان قادرا على تحصيل الواقع و أهمل، أما العاجز فمعذور.

(٢) نقل صاحب الجواهر عن كثير من فقهاء الإمامية منع القاتل خطأ من الدية خاصة دون باقى التركة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٠٥

و ذهب كل واحد من الأئمة الأربعة فى ذلك الى رأى، فرأى الامام مالك يتفق مع الإمامية. و رأى الامام الشافعى ان قتل الخطأ يمنع من الإرث كقتل العمد: و كذا إذا كان القاتل مجنونا أو صبيا. و رأى الامام أحمد ان القتل المانع من الإرث هو القتل الذى يوجب عقوبة و لو مالية، فيخرج القتل بحق، فمن قتل قصاصا أو دفاعا عن النفس أو قتل العادل الباغى فى الحرب فإنه يرثه. و رأى الامام أبى حنيفة ان القتل المانع من الإرث هو الذى يوجب قصاصا أو دية أو كفارة، و يدخل فى ذلك قتل الخطأ، و لا يدخل القتل بالتسبيب، و لا قتل المجنون و الصغير (المغنى ج ۶ و أبو زهرة فى ميراث الجعفرية).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٠۶

توزيع التركة

اشارة

أشرنا فيما سبق الى أن الإرث يكون بالزواج، و بالقرابة و لا خلاف فى أن الزوجين يشاركان جميع الورثة، و ان للزوج الربع مع الولد، و النصف عند فقده، و ان للزوجة الثمن معه، و الربع عند عدمه، و انما الخلاف فى ولد البنت: هل هو فى حكم الولد للصلب، و حجب أحد الزوجين عن نصيبه الأعلى إلى نصيبه الأدنى، أو ان وجود ولد البنت و عدمه سواء؟ و يأتى التفصيل فى ميراث الزوجين.

و أيضا لا خلاف فى أنه يبدأ أول ما يبدأ فى توزيع التركة بأصحاب الفروض المقدرة فى كتاب اللّه، و ان الفروض ستة لا غير، و انما الخلاف فى عدد أصحابها المستحقين لها، و فيمن يستحق الفاضل عن الفروض.

و أيضا اختلفوا فى إرث أولاد البنت و العمات و الأعمام لأم و الأخوال و الخالات و الجد لأم، و أشرنا فيما سبق ان هؤلاء من ذوى الأرحام عند الأربعة، و حكمهم يختلف عن حكم أصحاب الفروض و العصبات.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٠٧

الفروض و أصحابها:

الفرض هو السهم المقدر فى كتاب اللّه، و السهام المقدرة فيه ستة بالاتفاق: النصف، و الربع، و الثمن، و الثلثان، و السدس، و بعضهم اختصر التعبير، و قال: الثلث و لأربع، و ضعف كل و نصفه.

و النصف (للبنت الواحدة) إذا لم يكن معها ابن، و بنت الابن كالبنت الصلبية عند الأربعة، و كأبيها عند الإمامية. و يعطى النصف أيضا (للأخت الواحدة) لأبوين أو لأب إذا لم يكن معها أخ كذلك.

و (للزوج) إذا لم يكن للزوجة ولد.

و الربع (للزوج) إذا كان للزوجة ولد و (للزوجة) إذا لم يكن للزوج ولد.

و الثمن للزوجة إذا كان للزوج ولد.

و الثلثان (للبنتين) فأكثر مع عدم وجود أولاد ذكور، و (للأختين) فأكثر لأبوين أو لأب مع وجود الأخ كذلك.

و الثلث (للأم) مع عدم وجود الولد الذكر للميت، و لا اخوة يحجبونها. عما زاد عن السدس بالتفصيل الآتى و (للاثنين) فصاعدا من الأخوة و الأخوات من الأم.

و السدس (للأب) مع الولد، و (للأم) كذلك أو مع وجود الأخوة للميت، و (للأخ أو الأخت) للأم مع عدم التعدد، و توريث السدس لهؤلاء الثلاثة بالفرض محل وفاق، و زاد الأربعة توريث السدس بالفرض (لبنت ابن) فأكثر مع بنت صلبية، فإذا كان للميت بنت و بنت ابن أخذت الأولى النصف، و الثانية السدس، فإذا كان له بنتان فأكثر، و بنت ابن تحرم بنت الابن من الميراث إلا ان يكون مع بنت الابن غلام بحذائها، كما لو كان أخاها، أو أسفل منها، كما لو كان ابن أخيها، أى ابن ابن الميت. و أيضا يعطى السدس (للجد)

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٠٨

لأب مع عدم وجود الأب، و (للجدة) تماما كالأم، و انما ترث الجدة ذلك إذا كانت أم الأم، أو أم الأب، أو أم أب الأب، فإذا كانت أم أب الأم فإنها لا نرث، و إذا اجتمع جدتان متحاذيتان كأم الأم، و أم الأب فالسدس بينهما على السوية «١».

ثم ان الفروض يجتمع بعضها مع بعض، فالنصف يجتمع مع مثله، كزوج و أخت، لكل منهما النصف، و يجتمع مع الربع، كزوج و بنت، لها النصف و له الربع، و يجتمع مع الثمن، كزوجة و بنت للأولى الثمن و للثانية النصف، و مع الثلث كزوج و أم مع عدم الحاجب، له النصف و لها الثلث، و يجتمع مع السدس، كزوج و واحد من كلالة الأم، للزوج النصف، و للكلالة السدس.

و يجتمع الربع مع الثلثين، كزوج و بنتين، له الربع، و لهما الثلثان و يجتمع مع الثلث، كزوجة و متعدد من كلالة الأم، للزوجة الربع، و للكلالة المتعددة الثلث، و يجتمع أيضا مع السدس كزوجة و متحد من كلالة الأم، للزوجة الربع، و للكلالة السدس.

و الثمن يجتمع مع الثلثين، كزوجة و بنتين، للزوجة الثمن، و للبنتين الثلثان، و يجتمع مع السدس، كزوجة واحد الأبوين مع الولد.

و الثلثان يجتمعان مع الثلث، كأختين فصاعدا لأب مع الأخوة لأم، و يجتمعان مع السدس، كبنتين و أحد الأبوين.

و يجتمع السدس مع السدس، كالأبوين مع الولد، و لا يجتمع ربع و ثمن، و لا ثمن و ثلث، و لا ثلث و سدس.

---

(١) الميراث فى الشريعة الإسلامية لعبد المتعال الصعيدى ص ١۴ الطبعة الخامسة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٠٩

العصبات:

العصبات النسبية «١» ثلاثة أنواع: عصبة بنفسها، و عصبة بغيرها، و عصبة مع غيرها.

أما العصبة بالنفس فكل ذكر لا يدخل فى نسبته الى الميت أنثى، و معنى العصوبة بالنفس انها لا تفتقر الى الغير، و ان صاحبها عاصب فى جميع الصور و الحالات. أما العصوبة بالغير و مع الغير فيكون صاحبها عاصبا فى حالة دون اخرى، كما يتبين فيما يأتى. و العصوبة بالنفس أقرب العصبات، و يرث أهلها على الترتيب التالى:

الابن.

ثم ابن الابن، و ان نزل فإنه يقوم مقام أبيه.

ثم الأب.

ثم الجد لأب و ان علا.

ثم الأخ لأبوين.

ثم الأخ لأب.

ثم ابن الأخ لأبوين.

ثم ابن الأخ لأب.

ثم العم لأبوين.

ثم العم لأب.

ثم ابن العم لأبوين.

ثم ابن العم لأب.

و إذا اجتمع بعض هؤلاء مع بعض قدم الابن على الأب، بمعنى ان الأب يأخذ فرضه، و هو السدس، و ما بقى يأخذه الابن بالعصبة

---

(١) العصبة قسمان نسبية و سببية، و هى ولاء المعتق و أبنائه.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥١٠

- عند الأربعة- و كذلك يقدم ابن الابن على الأب، و يقدم الأب على الجد لأب، و قد اختلف فى هذا الجد: هل يقدم على الاخوة فى الميراث، أو انهم يرثون معه، و يكونون جميعا فى درجة واحدة؟.

قال أبو حنيفة، الجد يقدم على الاخوة، و لا يرثون معه شيئا. و قال الإمامية و الشافعية و المالكية: يرثون معه، لأنهم فى درجته.

و يقدم- فى العصبات- ذو القرابتين على ذى القرابة الواحدة، فالأخ لأبوين مقدم على الأخ لأب، و ابن الأخ لأبوين أولى من ابن الأخ لأب، و كذا الشأن فى الأعمام، و يعتبر فى أصنافهم قرب الدرجة، و تقديم الأقرب فالأقرب، فعم الميت أولى من عم أبيه، و عم أبيه أولى من عم جده.

أما العصبة بالغير فأربع من الإناث:

١- البنت أو البنات.

٢- بنت ابن أو بنات ابن.

٣- أخت أو أخوات لأبوين.

٤- أخت أو أخوات لأب. و معلوم ان جميع هؤلاء يرثن بالفرض إذا لم يكن معهن أخ «١».

للواحدة النصف، و مع التعدد الثلثان، و إذا كان معهن أخ يرثن بالعصبة- عند غير الإمامية- و لكن لا بأنفسهن، بل بأخيهن، و يقتسمن معه للذكر مثل حظ الأنثيين.

أما العصبة مع الغير فالأخت أو الأخوات لأبوين أو لأب مع البنت أو بنت الابن، فالأخت و الأخوات يرثن بالفرض إذا لم يكن معهن

---

(١) البنت و البنات يرثن بالفرض و بالرد عند الإمامية، و كذلك الأخت و الأخوات، أما بنت الابن أو بنات الابن فإنهن يأخذن

نصيب من يتقربن به، و هو الابن.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۱۱

بنت أو بنت ابن، و يرثن بالعصبة مع البنت أو بنت الابن، فتأخذ البنت أو بنت الابن فرضها، و ما بقى تأخذه الأخت أو الأخوات الشقيقات أو لأب، فقد صرن عصبة مع البنت.

و بهذا يتبين أن الأخت لأبوين أو لأب لها ثلاث حالات. ترث بالفرض إذا لم يكن معها أخ، و لم يكن للميت بنت، و ترث بالعصبة بالغير إذا كان معها أخ، و ترث بالعصبة مع الغير إذا كان للميت بنت.

و كذلك الأخوات، و تبين أيضا ان الأعمام لأبوين أو لأب لا يشتركون فى الميراث مع البنت إلا عند فقد الأخوة و الأخوات لأبوين أو لأب.

و اتفق الأربعة على ان العاصب إذا انفرد عن ذى فرض يأخذ المال بكامله، و إذا اجتمع معه يأخذ ما فضل عن فرضه، و إذا لم يكن عصبة يعطى الفاضل لبيت المال عند الشافعية و المالكية، و يرد على أصحاب الفروض عند الحنفية و الحنابلة، و لا تعطى التركة لبيت المال إذا لم يكن ذو فرض و لا عصبة و لا ذو رحم.

و أنكر الإمامية الميراث بالعصبة، و حصروه بصاحب الفرض و القرابة دون فرق بين قرابة النساء و الرجال، فكما يختص الابن المنفرد بالميراث كذلك تختص به البنت المنفردة و الأخت المنفردة، و جعلوا الوارثين ذكورا و اناثا على مراتب ثلاث:

الأولى: الأبوان و الأولاد و ان نزلوا.

الثانية: الاخوة و الأخوات، و ان نزلوا و الأجداد و الجدات و ان علوا من جميع الجهات.

الثالثة: الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات من آية جهة و أولادهم «۱».

---

(۱) و هذه المراتب الثلاث للوارثين طبيعية، إذ لا واسطة بين الميت و بين أبويه و أولاده، فيأتون بالمرتبة الاولى، و يأتى بعدهم مباشرة الاخوة و الأجداد، حيث يتصلون بالميت بواسطة واحدة و هى الأب و الام، فيكونون فى المرتبة الثانية، و يتلوها مرتبة الأعمام و الأخوال، لأنهم يتصلون بالميت بواسطتين: الجد أو الجدة، و الأب أو الأم، فتكون مرتبتهم فى الثالثة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۱۲

و متى وجد واحد أو واحدة من المرتبة المتقدمة حجب عن الإرث كل من كان فى المرتبة المتأخرة، و عند سائر المذاهب تتداخل هذه المراتب، و يشترك بعضها مع بعض، و قد تجتمع الثلاث فى بعض الحالات، كأم، و أخت لأم، و عم لأبوين. فللأم الثلث، و للأخت السدس، و للعم الباقى.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۱۳

التعصيب

اشارة

الفروض الستة المقدرة فى كتاب اللّه تارة تتساوى مع مجموع التركة، كبنتين و أبوين، و حينئذ لا عول و لا تعصيب، حيث تأخذ البنتان الثلثين، و الأبوان الثلث.

و أخرى تنقص الفروض عن التركة، كبنت واحدة، فإن فرضها النصف، أو بنتين فان فرضهما الثلثان، و هذا هو التعصيب.
و حين تزيد الفروض على مجموع التركة، كزوج و أبوين و بنت، فان فرض الزوج الربع، و البنت النصف، و الأبوين الثلث، و التركة لا تتحمل ربعا و نصفا و ثلثا، و هذا هو العول، و يأتى الكلام عنه فى الفصل التالى.

التعصيب:

عرفوا التعصيب هنا بأنه توريث العصبة مع ذى فرض قريب، كما إذا كان للميت بنت أو أكثر، و ليس له ولد ذكر، أو لم يكن له أولاد أصلا لا ذكور و لا إناث، و له أخت أو أخوات، و ليس له

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۱۴

أخ، و له عم، فان مذاهب السنة تجعل أخ الميت شريكا مع البنت أو البنات، فيأخذ مع البنت النصف، و مع البنتين فأكثر الثلث، كما تجعل العم أيضا شريكا مع الأخت أو الأخوات كذلك.
و قال الإمامية: ان التعصيب باطل، و ان ما بقى من الفرض يجب رده على صاحب الفرض القريب، فالتركة عندهم بكاملها للبنت أو للبنات، و ليس لأخ الميت شيء، و إذا لم يكن له أولاد ذكور و لا إناث، و كان له أخت أو أخوات، فالمال كله للأخت أو الأخوات، و لا شيء للعم، لأن الأخت أقرب منه، و الأقرب يحجب الا بعد.
و مرجع الخلاف بين السنة و الإمامية فى ذلك الى حديث طاوس، فلقد اعترف به السنة، و أنكره الإمامية. و هو «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقى فلأولى عصبة ذكر»، و روى بلسان آخر: «فما بقى فهو لرجل ذكر» فالبنت صاحبة فرض، و هو النصف، و أقرب رجل الى الميت بعدها أخوه فيعطى النصف الباقى. و كذا إذا لم يكن له ولد ابدا، و له أخت، و ليس له أخ، تأخذ الأخت النصف بالفرض، و النصف الآخر يأخذه عم الميت، لأنه أقرب رجل اليه بعد أخته.
و الإمامية لا يثقون بحديث طاوس، و ينكرون نسبته إلى النبى (ص) لان طاوس ضعيف عندهم، و لو وثقوا به لقالوا بمقالة أهل السنة، كما ان أهل السنة لولا ثقتهم بهذا الحديث لقالوا بمقالة الإمامية، و بعد أن أبطل الإمامية نسبة الحديث إلى النبى استدلوا على بطلان التعصيب بالآية ۶ من سورة النساء لِلرِّجالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوالِدانِ وَ الْأَقْرَبُونَ وَ لِلنِّساءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوالِدانِ وَ الْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَفْرُوضاً.
فقد دلت هذه الآية على المساواة بين الذكور و الإناث فى استحقاق الإرث، لأنها حكمت بالنصيب للنساء كما حكمت به للرجال، مع ان القائلين بالتعصيب قد فرقوا بين النساء و الرجال، و قالوا بتوريث الرجال

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۱۵

دون النساء فيما إذا كان للميت بنت و ابن أخ، و بنت أخ، فإنهم يعطون النصف للبنت، و النصف الآخر لابن الأخ، و لا شيء لأخته، مع أنها فى درجته و مساوية له. و كذا لو كان له أخت. و عم و عمة، فإنهم يوزعون التركة بين البنت و العم دون العمة. فالقرآن يورث النساء و الرجال، و هم يورثون الرجال، و يهملون النساء، و بهذا يتبين ان القول بالتعصيب باطل، لأنه مستلزم للباطل «۱».
و قيل ان توريث التركة بكاملها للبنت أو البنات يتنافى مع الآية ۱۰ من سورة النساء فَإِنْ كُنَّ نِساءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثا ما تَرَكَ وَ إِنْ كانَتْ واحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ، وَ لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ واحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كانَ لَهُ وَلَدٌ و كذلك توريث التركة للأخت وحدها مخالف لنص الآية ۱۷۵ من النساء:

إِنِ امْرُؤٌ هَلَکَ لَیْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتٌ فَلَهٰا نِصْفُ مٰا تَرَکَ وَ هُوَ یَرِثُهٰا إِنْ لَمْ یَکُنْ لَهٰا وَلَدٌ فَإِنْ کٰانَتَا اثْنَتَیْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثٰانِ.
حکم القرآن بالنصف للبنت، و بالثلثین للبنتین فأکثر، و حکم أیضا بالنصف للأخت، و بالثلثین للأختین، و خالف الإمامیة هذا الحکم صراحة.

و أجاب الإمامیة عن الآیة الاولی:

۱- ان القرآن فرض الثلثین للبنتین فأکثر، و فرض النصف للبنت المنفردة، و لا بد من وجود شخص ما، یرد علیه الباقی من الفرض، و القرآن لم یعین هذا الشخص بالذات، و الا لم یقع الخلاف، و السنة أیضا لم تتعرض له من قریب أو بعید، لأن حدیث «ألحقوا الفرائض» غیر صحیح، کما قدمنا، فلم یبق ما یدل علی تعیین من یرد علیه الباقی إلا الآیة ۵ من سورة الأحزاب وَ أُولُوا الْأَرْحٰامِ بَعْضُهُمْ أَوْلیٰ بِبَعْضٍ فِی کِتٰابِ اللّٰهِ»

---

(۱) تعرض الشیخ أبو زهرة فی کتاب «المیراث عند الجعفریة» لأدلة الإمامیة علی نفی التعصیب، و لم یشر إلی دلیلهم هذا من قریب أو بعید.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۱۶

حیث دلت علی ان الأقرب أولی ممن هو دونه فی القرابة، و لیس من شک ان البنت أقرب الی المیت من أخیه، لأنها تتقرب به بلا واسطة، و الأخ یتقرب إلیه بواسطة الأب أو الأم أو هما معا، فیتعین، و الحال هذه، الرد علی البنت و البنتین دون الأخ.

۲- قال الحنفیة و الحنابلة: إذا ترک المیت بنتا أو بناتا، و لم یوجد واحد من أصحاب الفروض و العصبات «۱» فالمال کله للبنت، النصف بالفرض و الباقی بالرد. و کذلک للبنتین الثلثان فرضا، و الباقی ردا. و إذا کانت الآیة لا تدل علی نفی الرد علی أصحاب الفروض فی هذه الحالة فکذلک لا تدل علی النفی فی غیرها، لأن الدلالة الواحدة لا تتجزأ.

و قال الحنفیة و الحنابلة أیضا: إذا ترک اما، و لیس معها أحد من أصحاب الفروض و العصبات تأخذ الثلث بالفرض و الثلثین الباقیین بالرد، و إذا أخذت الأم جمیع الترکة فکذلک أیضا یجب ان تأخذها البنت، لان الاثنتین من أهل الفروض (المغنی و میزان الشعرانی باب الفرائض).

۳- اتفق الأربعة علی ان المیت إذا ترک أبا و بنتا یأخذ الأب السدس بالفرض، و تأخذ البنت النصف کذلک، و الباقی یرد علی الأب وحده، مع ان اللّه سبحانه قال «وَ لِأَبَوَیْهِ لِکُلِّ وٰاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمّٰا تَرَکَ إِنْ کٰانَ لَهُ وَلَدٌ». فکما ان هذا الفرض فی هذه الآیة لا ینفی ان یکون للأب ما زاد علی السدس، کذلک الفرض فی قوله تعالی فَلَهُنَّ ثُلُثٰا مٰا تَرَکَ، و فَلَهَا النِّصْفُ» لا ینفی ان یکون للبنات ما زاد علی الثلثین، و للبنت ما زاد علی النصف. بخاصة ان فرض البنات و الأبوین وارد فی آیة واحدة، و سیاق واحد.

۳- قال اللّه سبحانه وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِنْ رِجٰالِکُمْ فَإِنْ لَمْ یَکُونٰا رَجُلَیْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتٰانِ

---

(۱) الأخوات لأبوین أو لأب عصبة مع البنت، و یشترکن معها فی المیراث کالاخوة لأبوین أو لأب.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۱۷

نصت هذه الآیة علی ان الدین یثبت بشاهدین، و یثبت أیضا بشهادة رجل و امرأتین، مع ان بعض المذاهب الأربعة أثبته بشاهد و یمین، بل قال مالک: یثبت بشهادة امرأتین و یمین.

فکما ان هذه الآیة لم تدل علی ان الدین لا یثبت بشاهد و یمین کذلک آیة المیراث لا تدل علی عدم جواز الرد علی البنت و

البنات، و الأخت و الأخوات.
و أجاب الإمامية عن الآية الثانية، و هى «إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ» بأن الولد يطلق على الذكر و الأنثى، لأن لفظه مشتق من الولادة الشاملة للابن و البنت، و لان القاسم المشترك بين الإنسان و أقاربه هو الرحم و الرحم يعم الذكور و الإناث على السواء، و قد استعمل القرآن لفظ الأولاد بالذكور و الإناث، فقال عز من قائل يُوصِيكُمُ اللّهُ فِی أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ و قال مٰا يَنْبَغِی لِلرَّحْمٰنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَداً أى لا ذكر و لا أنثى و قال يٰا أَيُّهَا النّٰاسُ إِنّٰا خَلَقْنٰاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَ أُنْثىٰ.
و عليه فكما ان الابن يحجب الأخ كذلك البنت تحجبه، هذا بالإضافة الى أن ما أجيب به عن ميراث البنت يجاب به ميراث الأخت أيضا. ثم ان الإمامية أوردوا على مذاهب السنة أشكالا عديدة، و ألزموهم بإلزامات يأباها الطبع، و لا تتفق مع القياس الذى يعملون به. من ذلك ما جاء فى كتاب الجواهر من انه لو كان للميت عشر بنات و ابن، فيأخذ الابن فى مثل هذه الحال السدس، و البنات خمسة أسداس، و لو كان مكان الابن ابن عم للميت، أى انه ترك عشر بنات و ابن عم، فعلى القول بالتعصيب يأخذ ابن العم الثلث و البنات الثلثين، و عليه يكون الابن أسوأ حالا من ابن العم.
هذا، إلى ان الإنسان ارأف بولده منه بإخوته، و هو يرى ان وجود ولده ذكرا كان أو أنثى امتداد لوجوده. و من هنا رأينا الكثير من أفراد الأسر اللبنانية الذين لهم بنات فقط يبدلون مذهبهم من

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۱۸

التسنن إلى التشيع، لا لشيء إلا خوفا ان يشترك مع أولادهم الاخوان أو الأعمام.
و يفكر الآن الكثير من رجال السنة بالعدول عن القول بالتعصيب، و الأخذ بقول الإمامية من ميراث البنت، تماما كما عدلوا عن القول بعدم صحة الوصية للوارث، و قالوا بصحتها كما تقول الإمامية، على الرغم من اتفاق المذاهب على عدم الصحة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۱۹

العول

العول ان تزيد السهام على التركة، كما لو ترك الميت زوجة و أبوين و بنتين، ففرض الزوجة الثمن، و فرض الأبوين الثلث، و فرض البنتين الثلثان، و التركة لا تتسع للثمن و الثلث و الثلثين! و كذا لو ماتت امرأة و تركت زوجا و أختين لأب، فإن فرض الزوج النصف، و فرض البنتين الثلثان، و لا تحتمل الفريضة نصفا و ثلثين. و العول لا يتحقق الا بوجود الزوج و الزوجة.
و اختلفوا: هل يدخل النقص، و الحال هذه، على كل واحد من أصحاب الفروض، أو على بعض دون بعض؟
قال الأربعة بالعول، اى بدخول النقص على كل واحد بقدر فرضه، تماما كأرباب الديون إذا ضاق المال عن حقهم، فإذا وجدت زوجة مع أبوين و بنتين تكون المسألة عندهم من مسائل العول، و تصح الفريضة من سبعة و عشرين سهما بعد ان كانت أربعة و عشرين، تأخذ الزوجة من ال ۲۷ ثلاثة أسهم، اى يصبح ثمنها تسعا، و يأخذ الأبوان منها ثمانية، و البنات ستة عشر.
و قال الإمامية بعدم العول، و بقاء الفريضة كما كانت أربعة و عشرين،

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۲۰

و يدخل النقص على البنتين، فتأخذ الزوجة ثمنها كاملا ۳/ ۲۴، و يأخذ الأبوان الثلث ۸/ ۲۴، و الباقى للبنتين.
و استدل الأربعة على صحة العول و دخول النقص على الجميع بأن امرأة ماتت فى عهد الخليفة الثانى عمر عن زوج و أختين لأب، فجمع الصحابة، و قال: فرض اللّه للزوج النصف، و للأختين الثلثين، فإن بدأت بالزوج لم يبق للأختين الثلثان، و ان بدأت بالأختين لم يبق للزوج النصف، فأشيروا علىّ.

فأشار عليه البعض بالعول، و إدخال النقص على الجميع، و أنكر ذلک ابن عباس، و بالغ بالإنكار، و لكن عمر لم يأخذ بقوله، و عمل بقول الآخرين، و قال للورثة: ما أجد فى هذا المال شيئا أحسن من ان اقسمه عليكم بالحصص. فعمر أول من أعال الفرائض، و تبعه جمهور السنة.

مغنيه، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، ٢ جلد، دار التيار الجديد - دار الجواد، بيروت - لبنان، دهم، ١٤٢١ ه‍ ق

الفقه على المذاهب الخمسة؛ ج ٢، ص: ٥٢٠

و استدل الإمامية على بطلان العول بأنه من المستحيل على اللّه سبحانه ان يجعل فى المال نصفا و ثلثين، أو ثمنا و ثلثا و ثلثين، و الا كان جاهلا أو عابثا، تعالى اللّه عن ذلک علوا كبيرا. و لذا نقل عن الامام على و تلميذه عبد اللّه بن عباس انهما قالا: ان الذى أحصى رمال عالج ليعلم ان السهام لا تعول على الستة، أى لا تزيد على الستة المقدرة فى كتاب اللّه، و هى النصف و الربع و الثمن، و الثلثان و الثلث و السدس.

و النقص عند الإمامية يدخل دائما على البنات و الأخوات دون الزوج و الزوجة و الام و الأب، لأن البنات و الأخوات لهن فرض واحد، و لا يهبطن من فرض أعلى إلى فرض أدنى، فيرثن بالفرض مع عدم وجود الذكر، و بالقرابة مع وجوده. و قد يكون لهن معه دون ما كان لهن منفردات اما الزوج فيهبط من النصف الى الربع، و الزوجة من الربع الى الثمن، و الام من الثلث الى السدس، و يرث الأب السدس بالفرض فى بعض الحالات. و كل واحد من هؤلاء لا ينقص عن فرضه الأدنى،

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٢١

و لا يزيله عنه شيء، فلدى الاجتماع يقدم و يبدأ به، و ما بقى تأخذه البنات أو الأخوات.

و قال الشيخ أبو زهرة فى كتاب «الميراث عند الجعفرية»: قال ابن شهاب الزهرى «١»: «لو لا تقدم فتوى الإمام العادل عمر بن الخطاب على فتوى ابن عباس لكان كلام ابن عباس جديرا بأن يتبعه كل أهل العلم، و يصادف الإجماع عليه». و ان الإمامية قد اختاروا رأى ابن عباس رضى اللّه عنهما، و انه لفقه جيد، كما أشار الى ذلک ابن شهاب الزهرى، و هو بحر العلم.

---

(١) فقيه تابعى جليل و معروف اثنى عليه علماء السنة أجمل الثناء و أبلغه، و لقى عشرة من الصحابة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٢٢

الحجب

المراد بالحجب هنا منع بعض الأقارب عن الإرث، و هو اما حجب عن أصل التركة، كما يحجب الجد بالأب، و يسمى حجب حرمان، و اما حجب بعض الإرث، كما يحجب الولد الزوج من النصف الى الربع، و يسمى حجب نقصان.

و اتفقوا على ان الأبوين و الأولاد و الزوجين لا يحجبون حجب حرمان، و انهم متى وجدوا أخذوا حظهم من الميراث، لا يمنعهم عنه مانع، لأنهم أقرب الجميع الى الميت يمتون اليه بلا واسطة، و غيرهم يتقرب به بالواسطة.

و اتفقوا على ان الابن يمنع الاخوة و الأخوات من الميراث، و بالأولى الأعمام و الأخوال، و لا يمنع الابن الجد لأب، و لا الجدة لأم عند أهل السنة، و ابن الابن تماما كالابن عند فقد الابن، يرث كما يرث، و يحجب كما يحجب.

و اتفقوا على ان الأب يمنع الاخوة و الأخوات من الميراث، و يمنع الجد لأب ايضا. اما الجدة لأم فإنها تشترک مع الأب، و تأخذ

معه السدس عند عدم الام- عند السنۀ- و تشترك الجدۀ لأب مع الأب

الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج۲، ص: ۵۲۳

أى مع ابنها عند الحنابلۀ. و قال الشافعيۀ و الحنفيۀ و المالكيۀ: لا تأخذ معه شيئا، لأنها محجوبۀ به (المغنى ج ۶ ص ۲۱۱ و البدايۀ و النهايۀ ج ۲ ص ۳۴۴).

و قال الإماميۀ: الأب كالابن لا يرث معه الأجداد و لا الجدات من جميع الجهات، لأنهم من المرتبۀ الثانيۀ، و الأب من المرتبۀ الأولى من مراتب الميراث.

و قال الأربعۀ: ان الأم تحجب الجدات من جميع الجهات (المغنى ج ۶ ص ۲۰۶) و لا تحجب الأجداد و لا الأخوۀ و الأخوات، و لا العمومۀ لأبوين أو لأب، فإن هؤلاء يشتركون معها فى أصل الميراث.

و قال الإماميۀ: الأم كالأب تمنع الأجداد و الجدات، و الأخوۀ و الأخوات من جميع الجهات.

و قال الأربعۀ: البنت لا تحجب ابن الابن، و ان البنتين فأكثر يحجبن بنات الابن إلا إذا كان مع بنات الابن ذكر، أما البنت الواحدۀ فلا تحجب بنات الابن، و البنت الواحدۀ و البنات يحجبن الإخوۀ لأم.

و قال الإماميۀ: البنت كالابن تحجب أولاد الأولاد ذكورا و اناثا، و بالأولى الأخوۀ و الأخوات.

و اتفقوا على أن كلا من الجد و الأخ يحجب الأعمام، و ان الولد ذكرا كان أو أنثى يحجب الزوج من النصف إلى الربع، و الزوجۀ من الربع إلى الثمن، و اختلفوا فى أقل ما يحجب الأم من الثلث إلى السدس.

قال المالكيۀ: أقل ما يحجبها عن الثلث اثنان من الأخوۀ، و قال الحنفيۀ و الشافعيۀ و الحنابلۀ: اثنان من الأخوۀ أو الأخوات.

و قال الإماميۀ: لا تحجب الإخوۀ الأم إلا بشروط:

۱- أن يكونوا أخوين أو أخا و أختين أو أربع أخوات و الخناثى كالإناث.

۲- انتفاء موانع الإرث كالقتل و الاختلاف فى الدين.

الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج۲، ص: ۵۲۴

۳- أن يكون الأب موجودا.

۴- أن يكونوا اخوۀ الميت لأبيه و امه أو لأبيه فقط.

۵- أن يكونوا منفصلين فلو كانوا حملا لم يحجبوا.

۶- أن يكونوا احياء، فلو كان بعضهم ميتا لم يحجب.

و على الجملۀ فالفرق بين مذاهب السنۀ، و مذهب الإماميۀ ان الإماميۀ يقدمون الأقرب على من دونه فى القرابۀ، سواء أ كان من صنفه كتقديم الولد على ولد الولد، و تقديم الأب على الجد، أو كان من صنف آخر كتقديم ولد الولد على الأخوۀ. و قالوا: ان من يتقرب بالأبوين يمنع المتقرب بالأب وحده مع تساوى الحيز. فالأخت لأبوين تمنع الأخ لأب، و العمۀ لأبوين تمنع العم لأب. و كذلك الخالۀ. و لا يمنع المتقرب بالأبوين من الأعمام المتقرب بالأب فقط من الأخوال لاختلاف الحيز، و لا فرق عندهم- الإماميۀ- بين الذكور و الإناث فى استحقاق الميراث، فكما ان أولاد الأولاد يقومون مقام الأولاد عند فقدهم، كذلك أولاد الاخوۀ و الأخوات يقومون مقام آبائهم عند فقدهم.

و أهل السنۀ يقولون بقاعدۀ الأقرب فالأقرب، لكن لا مطلقا: بل بشرط الاتحاد فى الصنف، أى ان الأقرب يمنع القريب الذى يدلى به، ما عدا إخوۀ الأم فإنهم لا يحجبون بالأم التى يتقربون بها، و كذا أم الجدۀ فإنها ترث مع الجدۀ، أى مع ابنتها. أما إذا أدلى بغيره فلا، كالأب فإنه يمنع أب الأب، و لا يمنع أم الأم، و كالأم فإنها تمنع أم الأم و لا تمنع أب الأب، و عمومۀ الميت

يقدمون على عمومة أب الميت:

كـذلك أجداد الميت يقدمون على أجداد أبيه، و الجدة القربى تمنع الجدة البعدى، كل ذلك لقاعدة الأقرب «١» و يفرقون بين الذكر و و الإناث،

---

(١) الجـدة القربى من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم عند الشافعية و المالكية، كأم الأب مع أم الأم، و تحجبها عند الحنفية و الحنابلة. (الميراث فى الشريعة الإسلامية للصعيدى).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٢٥

فإخوة الميت يرثون مع بناته، و لا يرثون مع أبنائه، و أولاد الاخوة عندهم لا يشاركون الأجداد، على عكس ما هى عليه الإمامية.

هذه صورة مجملة جدا للحجب، أردت بها الإشارة الى ما هى عليه الإمامية من جهة، و المذاهب الأخرى من جهة ثانية، و الا فإن باب الحجب واسع و يمكن أن يدخل الكاتب فيه جميع مسائل الإرث، و يتبين ذلك من البحوث الآتية.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٢٦

الرد

لا يتحقق الرد إلا مع أصحاب الفروض، لأن سهامهم مقدرة و محدودة، و قد تستغرق جميع التركة، كأبوين و بنتين، للأبوين الثلث و للبنتين الثلثان، و قد لا تستغرقها، كبنت و أم، للبنت النصف، و للأم السدس، و يبقى الثلث فما ذا نصنع به، و على من نرده؟ اما إذا لم يكن للورثة سهام مقدرة كالإخوة و الأعمام الذين يرثون بغير الغرض فلا يتأتى الرد.

و قال الأربعة: ما زاد عن أصحاب الفروض يعطى للعصبة، فإذا كان للميت بنت واحدة أخذت النصف، و الباقى للأب، فان لم يكن فللأخوات لأبوين أو لأب، لأنهن عصبة مع البنت، فان لم يكن فلابن الأخ لأبوين، فان لم يكن فلا بن الأخ لأب، فالعم لأبوين، فالعم لأب، فابن العم لأب، فإن فقد هؤلاء جميعا رد الفاضل على ذوى الفروض بقدر سهامهم الا الزوج و الزوجة فلا يرد عليهما، و إليك المثال:

إذا ترك الميت اما و بنتا، فللأم السدس، و للبنت النصف فرضا، و الباقى يرد عليهما أرباعا، و تكون الفريضة من أربعة، الربع للأم و ثلاثة أرباع للبنت، و كذلك إذا ترك أختا لأب، و أختا لأم، أخذت الأولى سهم البنت، و الثانية سهم الأم.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٢٧

و قال الشافعية و المالكية: إذا لم يكن ذو عصبة يعطى الباقى عن ذوى الفروض لبيت المال.

و قال الإمامية: يرد الفاضل على كل ذى فرض بحسب سهمه إذا لم يوجد قريب فى مرتبته، أما إذا وجد فيأخذ ذو الفرض فرضه، و الباقى للقريب، كأم و أب، تأخذ الأم نصيبها المفروض و الباقى للأب، و إذا وجد ذو الفرض مع من هو فى غير مرتبته من الأقارب أخذ ذو الفرض فرضه، و رد الباقى عليه، كأم و أخ، للأم الثلث بالفرض، و الباقى يرد عليها، و لا شىء للأخ، لأنه من المرتبة الثانية، و هى من الأولى. و كذلك الأخت لأب مع العم ترث الأخت النصف فرضا و النصف الثانى ردا، و لا شىء للعم، لأنه من المرتبة الثالثة، و هى من الثانية.

و الإمامية لا يردون على ولد الأم إذا اجتمعوا مع ولد الأب، فإذا ترك الميت أختا لأم، و أختا لأب، فللأولى السدس، و للثانية النصف، و الباقى يرد عليها دون الأخت لأم، أجل، يرد على ولد الأم إذا لم يكن غيرهم فى مرتبتهم، كما لو ترك الميت أختا لأم و عما لأب، فالمال كله لها دونه، لأنه مرتبة ثالثة، و هى مرتبة ثانية.

و أيضا لا يرد الإماميۀ على الأم مع وجود ما يحجبها عما زاد عن السدس، فلو كان للميت بنت و أبوان، و اخوۀ يحجبونها عن الثلث، فالباقى يرد على الأب و البنت فقط، و إذا لم يوجد ما يحجبها رد الباقى على الأب و البنت و الأم على حسب سهامهم.
و يأتى فى ميراث الزوجين ان الإماميۀ يردون على الزوج دون الزوجۀ إذا لم يكن وارث غيرهما.
الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج‌٢، ص: ٥٢٨

الحمل و ولد الملاعنۀ و الزنا

الحمل:

إذا مات، و امرأته حامل، فإن أمكن وقف الأمر إلى أن يتبين فهو، و الا فيوقف للحمل شىء، و اختلفوا فى مقدار ما يوقف، قال الحنفيۀ: «يوقف للحمل حظ ابن واحد، لأنه الغالب، و الزائد موهوم» (كشف الحقائق فى شرح كنز الدقائق ج ٢ باب الفرائض فى فقه الحنفيۀ).
و فى كتاب «الميراث فى الشريعۀ الإسلاميۀ» لمعوض محمد مصطفى و محمد محمد سعفان نقلا عن كتاب «سراجيۀ» ان مالكا و الشافعى قالا:
يوقف نصيب أربعۀ بنين و أربع بنات.
و من الطريف ما جاء فى ج ۶ من كتاب «المغنى» طبعۀ ثالثۀ ص ٣١۴.
«حكى عن الماردينى ان يمنيا من أهل الدين و الفضل أخبره ان امرأۀ ولدت باليمن شيئا كالكرش، فظن ان لا ولد فيه، فألقى على قارعۀ الطريق، فلما طلعت الشمس، و حمى بها تحرك فشق فخرج منه سبعۀ أولاد ذكور، عاشوا جميعا، و كانوا خلقا سويا، إلا انه كان
الفقه على المذاهب الخمسۀ، ج‌٢، ص: ٥٢٩
فى أعضائهم قصر، قال اليمنى الفاضل: و صارعنى أحدهم فصرعنى، فكنت أعير به، و يقول لى الناس صرعك سبع رجل».
و قال الإماميۀ: يوقف نصيب ذكرين من باب الاحتياط، و يعطى أصحاب الفروض كالزوج و الزوجۀ أقل النصيبين.
و انما يرث الحمل بشرط سقوطه حيا «١» و بأن تأتى به لأقل من ستۀ أشهر، بل و لو لستۀ أشهر إذا جامع و مات بعد الجماع بلا فاصل، و ان لا يتجاوز أقصى مدۀ الحمل بعد الوفاۀ على اختلاف المذاهب فى هذه المدۀ كما ذكرناها فى كتاب الزواج و الطلاق، فلو ولدته بعد ان مضى على الوفاۀ أكثر من أقصى مدۀ الحمل فلا يرث بالاتفاق.

ولد الملاعنۀ:

اتفقوا على انه لا توارث بين الزوجين المتلاعنين، و لا بين ولد الملاعنۀ و أبيه، و من يتقرب بالولد من جهۀ الأب، و على ان التوارث يتحقق بين الولد و امه، و من يتقرب بها، و يتساوى فى ميراثه من يتقرب بأبويه و من يتقرب بأمه فقط، فأخوته لأبيه و إخوته لأمه سواء.
و قال الإماميۀ: لو رجع الأب، و اعترف بالابن بعد الملاعنۀ ورث الابن من الأب، و لا يرث الأب من الابن.

ولد الزنا:

اتفق الأربعة على ان ولد الزنا كولد الملاعنة فى كل ما ذكر من

---

(١) اختلفوا فيما تتحقق به الحياة: هل هو الاستهلاك أو الحركة أو الصراخ أو الرضاع؟

و المهم إثبات الحياة كيف كان، فلو ثبت انه خلق مغمى عليه و ان الحياة كانت فيه مستقرة يرث بلا شك.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٣٠

عدم التوارث بينه و بين أبيه، و على ثبوت التوارث بينه و بين أمه (المغنى ج ۶ باب الفرائض).

و قال الإمامية: لا توارث بين ولد الزنا و امه الزانية، كما لا توارث بينه و بين أبيه الزانى، لأن السبب فى كل منهما واحد، و هو الزنا.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٣١

زواج المريض و طلاقه

قال الحنفية و الشافعية و الحنابلة: الزواج فى المرض كالزواج فى حالة الصحة من جهة توريث كل من صاحبه، سواء أدخل الزوج أو لم يدخل. و المراد بالمريض هنا مرض الموت.

و قال المالكية: إذا جرى عقد الزواج فى حالة مرض الرجل أو المرأة فالزواج يكون فاسدا الا أن يدخل الزوج (المغنى باب الفرائض).

و قال الإمامية: إذا تزوج فى مرض الموت، و مات قبل ان يدخل فلا مهر و لا ميراث له منها، بل لا ميراث له منها لو ماتت هى قبله من دون دخول، ثم مات هو بعدها فى ذلك المرض (الجواهر باب الميراث) و إذا تزوجت المرأة، و هى فى مرض الموت فحكمها حكم الصحيحة من جهة توريث الزوج منها.

و اتفقوا على ان المريض إذا طلق زوجته، و مات قبل ان تنقضى العدة فإنها ترثه، سواء أ كان الطلاق رجعيا أو بائنا «١» و لا ترث بالاتفاق إذا مات بعد انقضاء عدتها و زواجها من الغير، و اختلفوا إذا كان الموت بعد انقضاء العدة، و قبل التزويج من الغير، قال المالكية و الحنابلة:

---

(١) هذا قول الشافعى فى القديم، و قال فى الجديد: ترث الرجعية فى العدة دون البائنة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٣٢

ترثه مهما طال الزمن.

و قال الحنفية و الشافعية: إذا انقضت عدتها تصبح أجنبية لا يحق لها شيء من الميراث (المغنى باب الفرائض).

و هذا القول موافق للقواعد و الأصول، لانقطاع العلاقة الزوجية بانقضاء العدة، لأنها تباح للأزواج الأجانب، و كل من تباح للأزواج فلا ترث ممن كان بينها و بينه زوجية سابقة، و هذا الأصل لا يخرج عنه الا بآية منزله أو رواية مثبتة.

و قال الإمامية: إذا طلق الرجل زوجته فى مرض موته طلاقا رجعيا أو بائنا كالمطلقة ثلاثا، و كغير المدخول بها، و الآئسة ثم مات قبل ان تمضى سنة على تاريخ وقوع الطلاق، فإنها ترثه بشروط ثلاثة:

١- أن يكون الموت مستندا الى المرض الذى طلقها فيه.

٢- ان لا تتزوج.

۳- ان لا يكون الطلاق بطلب منها، و استدلوا على ذلك بروايات عن أهل البيت.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۳۳

ميراث الأب

لميراث الأب حالات:
۱- اتفقوا على ان الأب إذا انفرد عن الأم و الأولاد و أولادهم، و عن الجدات، و أحد الزوجين حاز المال كله، و لكن يحوزه بالقرابة عند الإمامية، و بالتعصيب عند السنة، أى أن الخلاف بينهم فى تسمية السبب الموجب للإرث لا فى أصل الإرث و مقدار الميراث.
۲- إذا كان معه أحد الزوجين أخذ نصيبه الأعلى، و الباقى للأب بالاتفاق.
۳- إذا كان معه ابن أو بنون أو بنون و بنات، أو ابن ابن و ان نزل، يأخذ الأب السدس، و الباقى للآخر أو للآخرين بالاتفاق.
۴- إذا كان معه بنت واحدة، فله السدس بالفرض، و لها النصف كذلك، و يبقى الثلث يرد عليه بالتعصيب عند أهل السنة، فيكون النصف لها فرضا، و النصف الآخر فرضا وردا. و الأب يحجب الأجداد و الأخوة و الأخوات من سائر الجهات، لأبوين كانوا أم لأب أو لام.
و قال الإمامية: يرد الباقى على الأب و البنت معا لا على الأب فقط،
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۳۴
و تكون الفريضة من أربعة، واحد منها للأب، و ثلاثة للبنت، لأن كل موضع من مواضع الرد كان الوارث فيه اثنين من ذوى الفروض فالرد أرباعا، و ان كان الوارث فيه ثلاثا فالرد فيه أخماسا (مفتاح الكرامة مجلد ۲۸ ص ۱۱۵).
۵- إذا كان معه بنتان فأكثر، فللبنات الثلثان، و له الثلث عند أهل السنة.
و قال الإمامية: للأب الخمس، و للبنات أربعة أخماس، لأن السدس الباقى عن فرضه و فرضهن يرد على الجميع، لا على الأب وحده، كما تقدم فى الفقرة السابقة.
۶- ان يكون معه جدة لأم، أى أم أم، فإنها تأخذ السدس، و يأخذ هو الباقى، لأن هذه الجدة عند أهل السنة لا تحجب بالأب (الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ج ۲ باب الفرائض).
و قال الإمامية: المال كله للأب، و ليس للجدة شىء من آية جهة كانت، لأنها من المرتبة الثانية، و هو من الأولى.
۷- إذا كان معه أم، تأخذ الثلث إذا لم تجب عنه باثنين من الاخوة أو الأخوات عند أهل السنة، أو بأخوين أو أخ و أختين أو أربع أخوات عند الإمامية كما قدمنا فى الكلام عن الحجب، و الباقى يأخذه الأب، و ان حجبت بالأخوة تأخذ السدس و الباقى للأب إجماعا.
و يتجه هذا السؤال: لما ذا لم يرد الإمامية الباقى على الام و الأب، كما فعلوا فى اجتماع الأب و البنت؟
و الجواب أن كلا من الأب و البنت من أصحاب الفروض عند اجتماعهما، و إذا اجتمع ذوو الفروض أخذ كل ذى فرض فرضه، و ما بقى يرد على كل حسب فرضه و نصيبه، و فى صورة اجتماع الأب مع الام، كما فيما نحن فيه لا يرث الأب بالفرض لعدم الولد، و إرثه كان بالقرابة، أما الأم فإنها ترث بالفرض، و كلما اجتمع ذو فرض مع غيره كان
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۳۵
الباقى للآخر غير ذى الفرض (المسالك ج ۲ باب الميراث).

٨- إذا كان معه ابن بنت، يأخذ الأب كل التركة، و لا شيء لابن البنت عند الأربعة، لأنه من ذوى الأرحام.

و قال الإمامية: للأب السدس بالفرض، و لابن البنت نصيب والدته النصف، و يرد الباقى عليهما معا، تماما كمسألة اجتماعه مع البنت التى أشرنا إليها فى الفقرة الرابعة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٣٦

ميراث الأم

اشارة

لميراث الام حالات:

١- قال الإمامية: تحوز الام الميراث كله إذا لم يكن معها أب، و لا أولاد و لا أولادهم، و لا أحد الزوجين.

و قالت بقية المذاهب: لا تأخذ الأم جميع المال الا عند فقد جميع أصحاب الفروض و العصبات، أى لا أب وجد لأب، و لا أولاد، و أولادهم، و لا اخوة و أخوات و أولادهم، و لا أجداد، و لا أعمام و أولادهم، أما الجدات فلا يمنعها من حيازة جميع التركة، لأنهن جميعا يسقطن بها، كما يسقط الأجداد بالأب، و كذا الأخوال و الخالات لا يمنعن الام من حيازة التركة، لأنهم يدلون بها، و من أدلى بغيره حجب به «١».

٢- الصورة الأولى بحالها مع وجود أحد الزوجين، فيأخذ نصيبه الأعلى، و ما بقى للأم.

---

(١) ان قاعدة من ادلى بغيره حجب به مسلمة عند الإمامية، و استثنى أهل السنة من هذه القاعدة الإخوة لأم فإنهم يرثون معها مع انهم يدلون بها، و قال الحنابلة بتوريث الجدة لأب مع الأب، أى مع ابنها، «المغنى ج ٦ ص ٢١١ طبعة ثالثة».

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٣٧

٣- إذا كان معها ابن أو بنون أو بنون و بنات، أو ابن ابن و ان نزل تأخذ السدس و الباقى للآخر أو للآخرين بالاتفاق «١».

٤- إذا كان معها بنت واحدة دون غيرها من العصبات كالجد لأب و الاخوة و الأعمام، و دون أصحاب الفروض كالاخوات و أحد الزوجين تأخذ الأم السدس بالفرض، و تأخذ البنت النصف كذلك، و الباقى يرد عليهما عند الإمامية و الحنفية و الحنابلة، و تكون الفريضة من أربعة الربع للام، و ثلاثة أرباع للبنت.

و قال الشافعية و المالكية: يرد الباقى لبيت المال، و جاء فى كتاب «الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ج ٢» ان بيت المال إذا لم ينتظم، كما لو كان الإمام غير عادل يرد الباقى على أصحاب الفروض بنسبة سهامهم.

٥- ان يكون معها بنتان دون غيرهما من ذوى الفروض و العصبات، كما هى الحال فى الفقرة السابقة، و الأقوال هنا هى الأقوال هناك، سوى ان الفريضة هنا تكون من خمسة، للأم منها الخمس، و أربعة أخماس للبنتين.

٦- ان يكون معها أب، و تقدم الكلام عن ذلك فى الفقرة السابعة من ميراث الأب.

٧- ان يكون معها جد لأب عند فقد الأب، قال الأربعة: يقوم الجد مقام الأب، و الحكم فيهما واحد.

و قال الإمامية: المال كله للام، و لا شيء للجد، لانه من المرتبة الثانية، و هى من الاولى.

---

(١) عند السنة تأخذ الأم السدس إذا كان للميت أولاد للصلب، أو أولاد ابن و ان سفل، أما أولاد البنت فوجودهم و عدمهم سواء

لا يحجبون الام عما زاد عن السدس، و أولاد البنت عند الإمامية كأولاد الصلب، فبنت البنت تعتبر ولدا تحجب الام عما زاد عن السدس، تماما كالابن دون فرق.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۵۳۸

و لا ترث الجدات مع الام، سواء كن لأب أم لأم، و كذا الجد لام لا يرث مع الأم إجماعا. لا يرث مع الأب أحد من الأجداد و الجدات إلا أب الأب، و لا يرث مع الأب أحد منهم و منهن إلا أم الأم عند أهل السنة، اما الإمامية فلا يشركون أحدا من الأجداد و الجدات مع الام و لا مع الأب.

۸- إذا كان معها أخ لأبوين أو لأب أخذت الأم الثلث بالفرض، و بالباقى للأخ بالتعصيب- عند أهل السنة- و إذا كان معها اثنان من الاخوة أو الأخوات للميت لأبوين أو لأب أو لام «۱» أخذت السدس، و الباقى للإخوة، لأنها تحجب بهم عما زاد عن السدس. و عند الإمامية تأخذ المال كله فرضا وردا و لا شيء للأخوة.

۹- إذا كان معها أخت أو أختان لأبوين أو لأب، فكما لو كان معها بنت أو بنتان على ما تقدم فى الفقرة الرابعة و الخامسة.

۱۰- إذا كان معها واحد من الاخوة أو الأخوات لام دون غيره من ذوى الفروض و العصبات أخذ الواحد من قرابة الأم السدس بالفرض، و أخذت الأم الثلث كذلك، و الباقى يرد على كل حسب فرضه، و إذا كان معها اثنان أو أكثر من الاخوة و الأخوات لام أخذوا الثلث فرضا، و أخذت الأم الثلث كذلك، و الباقى يرد عليهما معا، لان ما يفضل عن صاحب الفروض يرد عليهم على قدر سهامهم، عند الحنفية و الحنابلة، و يعطى لبيت المال عند الشافعية و المالكية، و عند الإمامية تحوز المال كله.

۱۱- إذا كان معها أخت لأبوين، و أخت لأب، فللأم الثلث، و للأخت لأبوين النصف، و للأخت لأب فقط السدس تكملة الثلثين، أى ليصبح سدسها و نصف أختها ثلثين، و عند الإمامية المال كله للأم.

---

(۱) كشف الحقائق شرح كنز الدقائق ج ۲، و الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ج ۲ باب الفرائض.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۵۳۹

۱۲- ان اجتماع العمومة لأبوين أو لأب معها، كاجتماع الأخوة لأبوين أو لأب معها من حيث التوريث و مقدار الانصبة عند أهل السنة.

۱۳- إذا كان معها عم لأب، و أخت لأم، أخذت الأم الثلث، و الأخت السدس، و الباقى للعم، فالعم الذى هو من المرتبة الثالثة عند الإمامية يجتمع مع الأخت التى هى من المرتبة الثانية و مع الأم التى هى من المرتبة الاولى. و عند الإمامية المال كله للأم.

۱۴- إذا كان معها زوج، و اخوة لام فقط، و اخوة لأب و أم، و تسمى هذه المسألة. المسألة الحمارية، لأن عمر ورث الإخوة لأم، و أسقط الأخوة لأبوين من الميراث، فقال بعضهم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارا، فعاد عمر، و أشركهم فى الميراث.

قال الحنفية و الحنابلة: يأخذ الزوج النصف، و الام السدس، و الاخوة من الام الثلث، و لا شيء للإخوة من الأبوين، لأنهم عصبة، و قد تم المال بالفروض، أى أخذ كل ذى فرض فرضه: و لم يبق للعصبة شيء.

و قال المالكية و الشافعية: ان الثلث يكون للإخوة لأبوين، و الاخوة لأم يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين (المغنى ج ۶ ص ۱۸۰ طبعة ثالثة).

و قال الإمامية: المال كله للأم.

۱۵- إذا كان معها بنت بنت فقط، للام الثلث فرضا، و الباقى ردا، و لا شيء لبنت البنت عند أهل السنة.

و قال الإمامية: ان حال الام مع بنت البنت كحالها مع البنت على ما مر فى الفقرة الرابعة.

هل تأخذ الأم ثلث الباقی؟

قال أهل السنة: إذا كان مع الأم أب و أحد الزوجين تأخذ الأم

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۴۰

ثلث الباقی عن سهم أحد الزوجين، لا ثلث أصل المال، و عللوا ذلک- كما فی المغنی- بأنه لو أخذت ثلث الأصل لزاد سهمها على سهم الأب، و قال الشيخ أبو زهرة فی «ميراث الجعفرية»: «ان أخذ الأب نصف نصيب الام بعيد عن مرمى الآية» يريد بذلک انه بناء على ان للام ثلث الأصل لا ثلث الباقی يكون لها ۸ من ۲۴، و للزوج ۱۲، و للأب ۴، و هو نصف سهم الام، و بعيد ان تريده الآية، أما إذا أخذت الأم ثلث الباقی فيكون لها ۴ من ۲۴، و للأب ۸ من ۲۴ و هو ضعف سهم الام، و هذا قريب و ممكن ان تريده الآية.

و قال صاحب كشف الحقائق: إذا كان مكان الأب جد فان الجد لا يردها إلى ثلث الباقی، بل تأخذ الأم ثلث الأصل، و على هذا تنحصر هذه المسألة فی خصوص ما لو كان مع الأم أب واحد الزوجين فقط، و لا تشمل غيرها من المسائل.

و قال الإمامية: ان للام ثلث الأصل لا ثلث الباقی، سواء أ كان معها أحد الزوجين أم لم يكن، لأن الآية الكريمة فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ تدل بظاهرها على ثلث جميع ما ترک الميت، و لم تقيد ذلک بعدم وجود أحد الزوجين، و الأحكام الشرعية لا تصاب بالعقول، و لا تبتنى على مجرد الاستبعاد.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۴۱

ميراث الأولاد و أولادهم

البنون:

الابن المنفرد عن الأبوين و أحد الزوجين يأخذ المال بكامله، و كذا الابنان و البنون. و إذا اجتمع البنات و البنون اقتسموا للذكر مثل حظ الأنثيين. و الابن يحجب أولاد الأولاد و الأخوة و الأخوات و الأجداد و الجدات بالاتفاق، و ابن الابن كالابن عند عدمه بدون خلاف.

البنات:

قال الإمامية: إذا انفردت البنت و البنتان فأكثر عن الأبوين و أحد الزوجين أخذت البنت جميع المال، النصف بالفرض، و النصف الآخر بالرد، و كذلک تأخذ البنتان الثلثين فرضا، و الباقی ردا، و لا شیء للعصبة.

و قال الأربعة: ان الأخوات لأبوين أو لأب عصبة مع البنت أو البنات، و معنى هذا ان البنت الواحدة لأبوين أو لأب ترث النصف

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۴۲

بالفرض مع عدم الولد الذكر و الأنثى، و ان البنتين فأكثر لهن الثلثان بالفرض مع عدم الولد، فإذا كان للميت بنت أو بنات أو بنت ابن، و كان له أخت أو أخوات لأبوين أو لأب، و ليس مع الأخت أو الأخوات أخ أخذت الأخت أو الأخوات ما بقی عن سهم البنت أو البنات بالعصبة، و تكون الأخت لأبوين تماما كالأخ لأبوين فی التعصيب و حجب ابن الأخ لأب و من بعده من العصبة، و تكون الأخت لأب عصبة كالأخ لأب، و تحجب ابن الأخ لأبوين و من بعده من العصبة (المغنی ج ۶ ص ۱۶۸ طبعة

ثالثة و الميراث فى الشريعة الإسلامية للصعيدى ص ١٢ طبعة خامسة).
و قال الإمامية: لا يرث أحد من الاخوة و الأخوات مع البنت و لا البنات و لا مع بنت الابن و لا بنت البنت، لأن البنت و ان نزلت مرتبة أولى، و الاخوة مرتبة ثانية.
و قال الحنفية و الحنابلة: إذا لم يكن ذو فرض و لا عصبة و لا وارث سوى البنات حزن المال بأجمعه فرضا وردا، و إلا فإن كان معهن أب أخذ الباقى عن الفرض، فإن لم يكن فالجد لأب، فإن لم يكن فالأخ لأبوين، فإن لم يكن فالأخ لأب، فإن لم يكن فابن الأخ لأبوين، فان لم يكن فابن الأخ لأب، فان لم يكن فالعم لأبوين، فان لم يكن فالعم لأب، فان لم يكن فابن العم لأبوين، فان لم يكن فابن العم لأب.
فإن فقد هؤلاء العصبات جميعا، و فقد أصحاب الفروض كالاخوات حازت البنات جميع المال، حتى و لو كان للميت أولاد بنات و أولاد أخوات و بنات اخوة و أولاد اخوة من الأم و عمات من جميع الجهات، و عم من الأم و أخوال و خالات و جد لأم.
و قال المالكية و الشافعية: إذا كانت الحال كذلك تأخذ كل من البنت الواحدة و البنات فرضها، و يرد الباقى لبيت المال (المغنى ج ۶ باب الفرائض و كشف الحقائق ج ٢ ص ٣٥۶).
الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ۵۴٣

أولاد الأولاد:

اختلفوا فيما إذا ترك الميت أولادا و أولاد أولاد، و قد أجمع الأربعة على أن الابن يحجب أولاد الأولاد ذكورا كانوا أو اناثا، أى أن أولاد الأولاد لا يرثون شيئا مع الابن، و إذا ترك الميت بنتا، و أولاد ابن، فان كان أولاد الابن ذكورا فقط أو ذكورا و إناثا أخذت البنت النصف، و النصف الآخر لأولاد الابن، يقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين. و إذا كان مع البنت الواحدة بنات ابن، فللبنت النصف، و لبنات الابن واحدة أو أكثر السدس، و ما بقى للأخت (المغنى ج ۶ ص ١٧٢ طبعة ثالثة).
و إذا كان للميت بنتان، و أولاد ابن ينظر: فان لم يكن مع أولاد الابن ذكر فليس لهن شيء، و ان كان معهن ذكر أخذت البنتان فأكثر الثلثين، و الباقى لأولاد الابن، يقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين (المغنى ج ۶ ص ١٧٠ و ١٧٢) و البنت تحجب أولاد البنت الأخرى، كما يحجب الابن ابن الابن.
و قال الإمامية: لا يرث واحد من أولاد الأولاد مع وجود واحد من الأولاد ذكرا كان أو أنثى، فإذا ترك بنتا، و ابن ابن، فالمال كله للبنت، و لا شيء لابن الابن.
و إذا لم يكن للميت أولاد أبدا لا ذكور و لا إناث، و كان له أولاد أولاد فقد أجمعت المذاهب الأربعة على أن ابن الابن كالابن يقوم مقامه فى الحجب و التعصيب و ما إلى ذاك، و إذا كان مع ابن الابن أخوات اقتسموا المال للذكر مثل حظ الأنثيين. و أجمع الأربعة أيضا على أن بنات الابن بمنزلة البنات للصلب عند عدمهن فى ان للواحدة النصف، و للاثنتين فأكثر الثلثين، و فى حجبهن الاخوة من الأم، و فى انه إذا كان معهن ابن ابن يقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين، سواء أ كان
الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ۵۴۴
ابن الابن أخا لهن أو ابن عم. و بالجملة ان بنت الابن كالبنت، و بتعبير ثان ان أولاد ابن الميت كأولاد الميت تماما (المغنى ج ۶ ص ١۶٩).
أما أولاد البنات فإنهم لا يرثون شيئا ذكورا كانوا أو اناثا عند المالكية و الشافعية، لأنهم من فئة ذوى الأرحام، فإذا لم يوجد أحد

من أصحاب الفروض و لا العصبات يمنع أولاد البنات من التركة و تعطى بكاملها لبيت المال، و مثله الحكم فى أولاد بنات ابن الميت.

و قال الحنفية و الحنابلة: ان أولاد البنت، و أولاد بنات الابن يرثون إذا لم يكن ذو فروض و لا عصبة (المغنى ج ۶ فصل ذوى الأرحام و كشف الحقائق ج ۲ ص ۲۵۵).

هذا مجمل رأى المذاهب الأربعة فى ميراث أولاد الأولاد عند عدم الأولاد، و قال الإمامية: ان أولاد الأولاد يقومون مقام الأولاد عند عدمهم، و يأخذ كل فريق منهم نصيب من يتقرب به، فلأولاد البنت و لو تعددوا و كانوا ذكورا الثلث، و لأولاد الابن و لو كانت أنثى واحدة الثلثان، و يقتسمون بينهم مع التساوى بالسوية، و مع الاختلاف فللذكر مثل حظ الأنثيين، أولاد ابن كانوا أو بنت، و الأقرب يمنع الأبعد، و يشاركون أبوى الميت كآبائهم، و يرد على أولاد البنت كما يرد عليها ذكورا أو اناثا، و لو كان معهم زوج أو زوجة كان لهما النصيب الأدنى «۱».

---

(۱) الجواهر و المسالك و غيرها من كتب الفقه للإمامية، و لكن التعبير بكامله للشيخ احمد كاشف الغطاء فى «سفينة النجاة» و اخترته على عبارة كتابى «الفصول الشرعية» لأنه أبلغ و اجمع.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۴۵

ميراث الإخوة و الأخوات

الأخوة و الأخوات:

إذا فقد الابن و الأب «۱» ورث الأخوة و الأخوات، و يشتركون عند أهل السنة مع الأم و البنات، و عند الإمامية لا يرثون إلا بعد فقد الأبوين، و الأولاد و أولادهم ذكورا كانوا أو اناثا، ثم ان الأخوة و الأخوات على ثلاثة أقسام:

۱- للأبوين.

۲- للأب فقط.

۳- للأم فقط.

الأخوة و الأخوات لأبوين:

للأخوة و الأخوات لأبوين حالات:

---

(۱) اما ميراث الاخوة و الأخوات مع الجد لأب ففيه تفصيل عند المذاهب الأربعة يأتى فى فقرة الأجداد من هذا الفصل.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۴۶

۱- ان يجتمع الذكور و الإناث، و لم يوجد معهم أحد من ذوى لفروض و العصبات، أى لا أب و لا أم و لا بنت و لا جدة و لا ابن و لا ابن ابن، و عندها يحوزون المال بأجمعه، و يقتسمون للذكر مثل حظ الأنثيين.

۲- أن يكونوا ذكورا فقط، أو ذكورا و اناثا، و معهم أخ أو أخت لأم فيأخذ ولد الأم السدس، و الباقى لولد الأبوين، للذكر مثل

حظ الأنثيين، و إذا كان ولد الأم اثنين فأكثر فلهم الثلث ذكورا أو اناثا، و الباقى لولد الأبوين.

٣- أن يكون للميت أخت واحد لأبوين، فلها النصف فرضا، و ان كان له أختان فأكثر فلهن الثلثان بالفرض، و إذا لم يوجد مع الأخت و الأخوات لأبوين بنت و لا أحد من الاخوة و الأخوات لأم، و لا الأجداد الصحيحين و الجدات الصحيحات «١» رد الباقى على الأخت و الأخوات عند الإمامية.

و قال الأربعة: يعطى الباقى للعصبة، و هم العم لأبوين، فان لم يكن فالعم لأب، فان لم يكن فابن العم لأبوين، فان لم يكن فابن العم لأب، فان لم يكن رد الباقى على الأخت أو الأخوات عند الحنفية و الحنابلة فالرد انما يكون على ذوى الفروض فقط، و شرطه عدم وجود العصبات، اما عند الشافعية و المالكية فيعطى الباقى لبيت المال.

و بالاختصار ان حال الأخوات لأب و أم كحال البنات للصلب، للواحدة النصف، و للاثنتين فصاعدا الثلثان، و ان اجتمعن مع الاخوة لأبوين اقتسموا للذكر مثل حظ الأنثيين.

---

(١) الجد الصحيح فى عرف فقهاء السنة هو الذى لم تدخل فى نسبته إلى الميت أنثى، كأب الأب، و الجدة الصحيحة هى التى لم تنتسب إلى الميت بواسطة جد فاسد، كأم الأم، فإن توسط جد فاسد كأم أب الأم تكون الجدة فاسدة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٤٧

٤- قال أهل السنة: إذا كان للميت أخ لأبوين مع أخ لأب ورث الأول و سقط الثانى من الميراث، و يقوم الأخ لأب مقام الأخ لأبوين عند عدمه.

و إذا كان للميت أخت واحدة لأبوين، و أخت أو أكثر لأب أخذت الأخت لأبوين النصف، و أخذت الأخت أو الأخوات لأب السدس، إلا إذا كان مع الأخوات لأب ذكر فلهن مع أخيهن النصف يقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين.

و إذا كان للميت أخوات لأبوين، و أخوات لأب فللأخوات لأبوين الثلثان، و لا شىء للأخوات لأب إلا ان يكون معهن ذكر فلهن مع أخيهن الباقى، يقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين.

و الخلاصة ان الأخ لأبوين يمنع الأخ لأب، و ان الأخت الواحدة لأبوين لا تمنع الأخوات لأب، و ان الأخوات لأبوين يمنعن الأخوات لأب اللاتى لا ذكر معهن.

و قال الإمامية: أن المتقرب بالأبوين من الأخوة و الأخوات يمنع المتقرب بالأب وحده مطلقا ذكرا كان أو أنثى، فلو ترك الميت أختا واحدة لأبوين، و عشرة إخوة لأب ورثت هى دونهم.

٥- إذا كان مع الأخت أو الأخوات بنت أو بنتان للصلب تأخذ كل من البنت المنفردة أو البنات النصيب المفروض فى كتاب اللّه من النصف أو الثلثين، و الباقى للأخت أو الأخوات عند السنة، و بنت الابن تماما كالبنت للصلب.

و قال الإمامية: المال كله للبنت أو البنات و لا شىء للأخت و الأخوات.

الأخوة و الأخوات لأب:

يقوم الأخوة و الأخوات لأب مقام الاخوة و الأخوات لأبوين عند

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٤٨

فقدهم، و الحكم فيهما واحد من ان للواحدة النصف و للأكثر الثلثين، و فى الرد عليهما حسب التفصيل السابق.

الأخوة و الأخوات لأم:

اشارة

الأخوة و الأخوات لأم لا يرثون مع الأب و لا مع الام و لا مع الجد لأب و لا مع الأولاد ذكورا و اناثا «۱» و لا مع بنات البنين، أى ان الاخوة و الأخوات لام يسقطون بالأم و البنت و بنت الابن، و قدمنا فى ميراث الام و البنت ان الاخوة و الأخوات لأبوين أو لأب يرثون مع الام و مع البنت، بل لو اجتمع الاخوة و الأخوات لأبوين أو لأب مع أولاد البنات ورث الاخوة و الأخوات وحدهم، و منعوا من الإرث أولاد البنات حتى الذكور منهم عند المذاهب الأربعة. و لا يسقط الاخوة و الأخوات لام بالأخوة أو الأخوات لأبوين أو لأب. و للواحد من ولد الام السدس ذكرا كان أو أنثى، و للأكثر الثلث ذكورا كانوا أو اناثا، أو هما معا، و يقتسمون بينهم بالسوية للأنثى مثل الذكر إجماعا.

فرع:

قال صاحب المغنى: إذا كان أخت لأبوين، و أخت لأب، و أخت لأم، فللأولى النصف، و للثانية السدس، و للثالثة أيضا السدس، و الباقى

---

(۱) عند السنة تحجب البنت الاخوة و الأخوات لأم، و لا تحجب الاخوة و الأخوات لأبوين أو لأب، مع انهم قالوا: إذا اجتمع ذو فرض و عصبة بدئ بذى الفرض، و ما بقى للعصبة، و ولد الام من ذوى الفروض و ولد الأبوين أو لأب عصبة، فيجب على هذا ان لا تحجب البنت ولد الأم، أو تحجب ولد الام و الأب، كما قال الإمامية.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۵۴۹

يرد عليهن على قدر سهامهن، و تكون الفريضة من خمسة: ثلاثة أخماس للأخت لأبوين و خمس منها للأخت لأب، و خمس للأخت لأم.

و قال الإمامية: للأخت لأبوين النصف، و للأخت من الام السدس، و لا شىء للأخت من الأب، لأنها تسقط بالأخت لأبوين، و الباقى يرد على الأخت لأبوين «۱» وحدها، و تكون الفريضة من ستة: خمسة منها للأخت من الأبوين، و سهم واحد للأخت من الأم.

أولاد الاخوة و الأخوات:

قال الأربعة: ان الأخ لأب يحجب عن الميراث بين الأخ لأبوين، و ان بنى الأخ لأبوين يحجبون أبناء الأخ لأب، أما أولاد الأخوات من آية جهة كن، و أولاد الاخوة لأم، و بنات الأخوة لأبوين أو لأب- أما هؤلاء جميعا فهم من فئة ذوى الأرحام لا يرثون شيئا مع وجود الأعمام لأبوين أو لأب، و لا مع أولادهم. و إذا فقد الأعمام لأبوين أو لأب و أولادهم استحقوا الإرث عند الحنفية و الحنابلة، و لا يستحقونه عند الشافعية و المالكية، فيحرمون من الميراث كلية: و تعطى

(١) الإمامية لا يردون على ولد الأم إذا اجتمعوا مع ولد الأبوين أو الأب، و يردون على ولد الأبوين أو الأب فقط.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٥٠

التركة لبيت المال «١» البداية و النهاية ج ٢ ص ٣۴۵ و المغنى ج ۶ ص ٢٢٩).

و قال الإمامية: ان أولاد الاخوة و الأخوات من آية جهة كانوا لا يرثون مع وجود واحد من الأخوة أو الأخوات من آية جهة كان، و متى فقد الأخوة و الأخوات جميعا قام أولادهم مقامهم، و يأخذ كل نصيب من يتقرب به، فالسدس لابن الأخ أو الأخت من الأم، و الثلث لأولاد الأخوة من الأم إذا كان الأخوة متعددين، و الباقى لأولاد الأخ من الأبوين أو الأب، و يسقط من أولاد الأخوة المتقرب بالأب خاصة بوجود المتقرب بالأبوين، فابن الأخ من الأب لا يرث مع ابن الأخ من الأبوين، و يقتسم أولاد الأخوة و الأخوات من الأم بالسوية كآبائهم، و يقتسم أولاد الأخوة و الأخوات من الأب بالتفاوت، للذكر مثل حظ الأنثيين كآبائهم، و الأعلى من أولاد الأخوة يحجب الأسفل، فابن ابن الأخ يسقط بوجود بنت الأخت، لقاعدة الأقرب فالأقرب، و أولاد الاخوة يشاركون الأجداد كآبائهم، عند عدمهم، فابن الأخ أو الأخت يرث مع الجد لأب، كما يرث أبو الجد مع الأخ إذا فقد الجد.

الجد لأم:

قال أهل السنة: ان الجد لام من فئة ذوى الأرحام الذين لا يرثون مع ذى فرض أو عصبة، و عليه فلا يرث الجد لام مع الجد لأب، و لا مع الاخوة و الأخوات، و لا مع أبناء الأخوة لأبوين أو لأب، و لا مع العمومة كذلك و لا مع أبنائهم، فإن فقدوا جميعا، و لم يوجد

(١) و على أساس ان أبناء الأخ لأبوين أو لأب عصبة، و بناته من ذوى أرحام اتفق الأربعة على ان الميت إذا ترك ابن أخ لأبوين أو لأب، و كان معه أخت لأمه و أبيه اختص هو بالإرث دونها.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٥١

ذو فرض استحق أب الأم الميراث عند الحنفية و الحنابلة، و لا يرثون أبدا عند الشافعية و المالكية.

و قال الإمامية: يرث الجد لام مع الجد لأب، و مع الاخوة و الأخوات من جميع الجهات، كما ان هذا الجد يمنع من الميراث الأعمام و الأخوال من جميع الجهات، لأنه من المرتبة الثانية، و هم من المرتبة الثالثة من مراتب الإرث، فإذا وجد الجد مع العمومة لأبوين حاز الجد لام جميع التركة، و لا شيء للعم.

الجدات:

اتفقوا على ان الأم تمنع من الميراث جميع الجدات من آية جهة كن.

و قال فقهاء السنة: إذا فقدت الأم قامت أمها مقامها، و انها تجتمع فى الميراث مع الأب و مع الجد لأب، و ان لها السدس معهما، كما انه لا خلاف فى توريث جدتين معا كأم الأم، و أب الأب، و لهما عند المذاهب الأربعة السدس يقتسمونه بالسوية.

و القربى من الجدات تمنع الجدة البعدى من جهتها، فأم الأم تمنع أمها، و كذلك أم الأب، و ان القربى من جهة الأم، كأم الام

تمنع البعدى من جهة الأب، كأم الجد لأب، و اختلفوا- أى أهل السنة-:
هـل القربى من جهـة الأب كأم الأب تمنع البعـدى من جهـة الأم، كأم الجـد لأم، أو لا تمنعها عن الإرث؟ (الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ج ٢ و المغنى ج ۵ باب الفرائض). و عند الحنابلة ترث أم الأب مع ابنها، فإذا اجتمعا كان لها السدس، و له الباقى.
و قـال الإماميـة: إذا اجتمعت الجـدة لأم مع الجـدة لأب أخـذت الأولى الثلث، و الثانيـة الثلثين، لأن المتقرب بالأم من الأجـداد و الجدات يأخذ

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌٢، ص: ۵۵۲

الثلث واحدا كان أو أكثر، و يقتسمون بالسوية، و المتقرب بالأب يأخذ الثلثين واحدا كان أو أكثر و يقتسمون بالتفاوت.

الجد لأب:

اتفق الأربعـة على ان أبـا الأب يقوم مقـام الأم عنـد عـدمها، و يشترك فى الميراث مع الابن كالأب، و يفترق عنه فى مسألـة أم الأب، فإنهـا لا ترث مع الأب إلا عنـد الحنابلـة، و ترث مع الجد لأب، أى مع زوجها، و يفترق الأب عنـد الجـد أيضا فى مسألة اجتمـاع الأبوين مع أحـد الزوجين، فان للام مع الأب واحـد الزوجين ثلث الباقى عن سـهم أحـد الزوجين، و إذا اجتمعت الأم مع الجد و أحد الزوجين تأخذ ثلث أصل المال لا ثلث الباقى.
و اتفق الأربعـة ايضـا على ان الجـد لأب يمنع عن الميراث الأخوة و الأخوات لأم، و أولاد الاخوة لأبوين أو لأب، و اختلفوا فيما بينهم:
هل يمنع الجد لأب نفس الأخوة و الأخوات لأبوين أو لأب، أو يجتمع معهم فى الميراث؟
قال أبو حنيفـة: ان الجـد لأب يمنع الاخوة و الأخوات من الميراث من آيـة جهـة كانوا، تماما كما يمنعهم الأب، هذا مع العلم ان الجد لام لا يمنع الاخوة و الأخوات من جميع الجهات عند الأربعة، لأنه من ذوى الأرحام كما أسلفنا.
و قال المالكيـة و الشافعيـة و الحنابلـة و أبو يوسف و محمـد بن الحسن تلميـذا أبى حنيفـة: يشترك الاخوة و الأخوات لأبوين أو لأب مع الجـد لأب، أما كيفية توريثهم معه فإنه يعطى أوفر الحظين من ثلث جميع المال، و من تنزيله منزلة الأخ، و على هذا فان كان الاخوة ذكرا و أنثى اعتبر كأخ، و أخذ سهمين من خمسة أسهم، و ان كان الإخوة ثلاثة ذكور

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌٢، ص: ۵۵۳

أخذ الثلث، لأنه ان اعتبر أخا معهم كان له الربع (المغنى ج ۶ ص ٢١٨).
و قال الإماميـة: أن الأجـداد و الجـدات، و الاخوة و الأخوات يشتركون فى الميراث و مرتبتهم واحـدة، فإذا اجتمعوا و اتحدوا فى النسبة إلى الميت، فكانوا جميعا لأب أخذ الجد مثل الأخ، و أخذت الجدة مثل الأخت، و اقتسموا المال للذكر مثل حظ الأنثيين.
و إذا اجتمعوا و كانوا جميعا لام اقتسموا للأنثى مثل الذكر.
و إذا اجتمعوا و اختلفوا فى النسبة إلى الميت، فكان الجـد و الجدة لأم، و الاخوة و الأخوات لأبوين أو لأب أخذ الجد أو الجدة أو هما معا الثلث، و أخذ الاخوة و الأخوات الثلثين.
و إذا كـان الأجـداد لأب، أو الاـخوة لأـم فللأـخ المنفرد أو الأـخت المنفردة السـدس، و إذا تعـدد الإخوة لأم أخـذوا الثلث لا و اقتسموا بالسوية ذكورا و اناثا، و الباقى للجد أو الجدة معا اقتسما للذكر مثل الأنثيين.
و أولاد الأخوة و الأخوات من آية جهة، و ان نزلوا يقومون مقام آبائهم عند عدمهم فى مقاسمة الأجداد و الجدات من آية جهة،

و يرث كل واحد منهم نصيب من يتقرب به.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۵۴

ميراث الأعمام و الأخوال

قال الأربعة: لا ترث العمات من جميع الجهات، و لا العم لأم، و لا الأخوال و الخالات من آية جهة مع العمومة لأبوين أو لأب، و لا مع أبنائهم «۱» فإذا وجد عم لأبوين أو لأب أو ابن أحدهما منع هؤلاء جميعا من الميراث، لأنهم من فئة ذوى الأرحام، و هو عصبة، و العصبة مقدم على ذى رحم عندهم، بل ذوو الأرحام لا يرثون كلية عند الشافعية و المالكية، حتى و لو يكن ذا فرض و عصبة. و قد أشرنا الى ذلك مرارا.

و إنما يرث العم لأبوين إذا لم يوجد أحد من الاخوة لأبوين أو لأب، و لا أحد من ابنائهما، و لا مع الأخوات لأبوين أو لأب فإن هؤلاء و ان كانوا عصبة الا ان رتبتهم متقدمة عن رتبة العم فى التعصيب.

و يجتمع العم لأبوين فى الميراث مع البنت و الام لأنهما ترثان بالفرض، و هو يرث بالتعصيب، و إذا اجتمع العصبة مع صاحب فرض أخذ

---

(۱) لا يرثون مع أبناء العم خاصة، أما بنات العم فان وجودهن كعدمهن مع أبناء العم. و لذا اتفق الأربعة على ان الميت إذا ترك ابن عم لأبوين أو لأب، و كان معه أخت لأمه و أبيه اختص بالميراث دونها.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۵۵

صاحب الفرض فرضه، و ما بقى من التركة فللعصبة، و إذا لم يكن ذو فرض أبدا حاز العصبة جميع التركة. و من هنا إذا اجتمع العم لأبوين أو لأب أو أحد ابنائهما مع أولاد البنت أو أولاد بنات الابن حاز المال بكامله العم أو ابنه و لا شيء لأولاد البنت حتى الذكور منهم، عند المذاهب الأربعة، و عند الإمامية بالعكس المال كله لأولاد البنت و لا شيء للعم.

و إذا فقد العم لأبوين قام مقامه العم لأب، فإن لم يكن فابن العم لأبوين، فان لم يكن فابن العم لأب، أما كيفية توريث العم لأبوين و من يقوم مقامه فكما أشرنا من انه يأخذ المال إذا انفرد عن ذى فرض و يأخذ الباقى إذا اجتمع معه. و بالاختصار فان العم لأبوين أو لأب تماما كالأخ لأبوين أو لأب عند عدمه.

و يقدم العم الأقرب على العم الأبعد، فعم الميت مقدم على عم أبيه، و عم الأب مقدم على عم الجد، كما ان العم من الأبوين مقدم على العم لأب.

و متى فقد العم لأبوين و العم لأب و أبناؤهما استحق الإرث عند الحنفية و الحنابلة العم لام و العمات من جميع الجهات و الأخوال و الخالات. و إذا انفرد أحدهم أخذ المال كله، و إذا اجتمعوا يعطى لقرابة الأب الثلثان، و لقرابة الأم الثلث. فلو ترك خالا و عمة فللخال الثلث، و للعمة الثلثان، و يقتسم الأخوال و الخالات لام بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، مع أن أولاد الأخ لأم يقتسمون للأنثى مثل الذكر «۱» (الميراث فى الشريعة الإسلامية لعبد المتعال الصعيدى فصل إرث ذوى الأرحام).

---

(۱) أطال فقهاء السنة الكلام عن ذوى الأرحام الذين اعتبروهم نوعا ثالثا بعد ذوى الفروض و العصبات و ذكروا صورا و حالات يعسر ضبطها و حصرها، و فهمها، لذلك اكتفينا بهذه الإشارة للدلالة على مجرد الفكرة، و من طلب المزيد فليرجع إلى المغنى ج ۶ طبعة ثالثة، و كتاب الميراث فى الشريعة الإسلامية للصعيدى.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۵۶

و قال الإمامية: متى فقد الأبوان و الأولاد و أولادهم، و الاخوة و الأخوات و أبناؤهم و الجد و الجدات استحق الإرث الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات من آية جهة كانوا، و قد ينفرد بعضهم عن بعض، و قد يجتمعون، و إليك المحصل.

إذا وجد الأعمام و العمات و ليس معهم أحد من الأخوال و الخالات فللعم الواحد و للعمة الواحدة المال كله سواء أ كان عم الميت لأبوين أو لأب أو لام فقط.

و إذا تعدد الأعمام و العمات و اتحدوا فى النسبة إلى المورث فان كانوا جميعا لأبوين أو لأب اقتسموا بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

و إذا كانوا جميعا لأم اقتسموا بالسوية من غير فرق بين الذكر و الأنثى.

و إذا اختلفت نسبة الأعمام و العمات إلى المورث فكان بعضهم لأبوين و بعضهم لأب أو لام فقط فالمتقرب بالأب فقط يسقط بالمتقرب بالأبوين و إنما يرث المتقرب بالأب فحسب إذا فقد المتقرب بالأبوين و يأخذ العم و العمة لأب ما يأخذه العم و العمة لأبوين.

و إذا اجتمع الأعمام و العمات لأبوين أو لأب مع الأعمام و العمات لأم يأخذ الواحد من قرابة الأم السدس، و إن تعددوا أخذوا جميعا الثلث و اقتسموه بالسوية من غير فرق بين الذكر و الأنثى.

و إذا وجد الأخوال و الخالات و ليس معهم أحد من الأعمام و العمات فللخال الواحد المال كله لأب كان أو لام أو لهما. و إذا تعدد الأخوال و الخالات و اتحدوا فى النسبة إلى المورث فان كانوا جميعا لأبوين أو لأب أو لام فقط اقتسموا بالسوية للذكر مثل حظ الأنثى.

و إذا اختلفوا فى النسبة إلى المورث فكان بعضهم لأبوين و بعضهم لأب أو لام سقط المتقرب بالأب خاصة بالمتقرب بالأبوين.

و إذا اجتمع

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۵۷

الأخوال و الخالات لأبوين أو لأب مع الأخوال و الخالات لأم يأخذ الواحد من قرابة الأم السدس، و ان تعددوا أخذوا الثلث و اقتسموه بالسوية ذكورا و اناثا، و الباقى لقرابة الأبوين أو الأب و القسمة بينهم أيضا بالسوية للذكر مثل الأنثى من غير تفاوت.

و إذا اجتمع العم و الخال فللخال الثلث واحدا كان أو أكثر ذكرا كان أم أنثى و الثلثان للعم واحدا كان أو أكثر، ذكرا كان أم أنثى، و يقتسم الأخوال الثلث بينهم كما يقتسمونه فى حال الانفراد عن الأعمام و يقتسم الأعمام الثلثين كذلك.

و متى فقد الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات جميعا قام أبناؤهم مقامهم و يأخذ كل نصيب من يتقرب به واحدا كان أو أكثر. فلو كان لعم عدة أولاد و لعم آخر بنت كان للبنت وحدها النصف و لأولاد العم الآخرين النصف. و الأقرب من أحد الصنفين يحجب الأبعد الذى من صنفه و من الصنف الآخر، فابن العم لا يرث مع العم و لا مع الخال إلا فى ابن عم لأبوين مع عم لأب خاصة المال كله لابن العم، و ابن الخال لا يرث مع الخال و لا مع العم فلو كان ابن عم و خال فالمال كله للخال. و لو كان ابن خال مع عم فالمال كله للعم.

و عمومة الميت و عماته و أخواله و خالاته و أولادهم أولى فى الميراث من عمومة أب الميت و خؤولته. و كل أولاد بطن أولى بالإرث من بطن أبعد فلو كان ابن عم و عم الأب فالمال لابن العم، و مثله ابن خال مع خال الأب، لقاعدة الأقرب فالأقرب.

و إذا اجتمع الزوج أو الزوجة مع العم و الخال، فللزوج أو الزوجة نصيبه الأعلى، و للخال الثلث واحدا كان أو أكثر ذكرا كان أو أنثى، و الباقى للعم واحدا كان أو أكثر ذكرا كان أو أنثى، فالنقص يدخل على العم فى جميع الحالات التى يجتمع فيها أحد

الزوجين مع الأعمام

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۵۸

و الأخوال، فإذا كان زوج مع خال أو مع خالـة، و عم أو عمـة، فللزوج ثلاثـة أسداس و للخال أو الخالة سدسان، و للعم أو العمة سدس، و إذا كانت زوجة فلها ثلاثة من اثنى عشر جزءا، و للخال أربعة من اثنى عشر و الباقى للعم خمسة من اثنى عشر جزءا.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۵۹

ميراث الزوجين

اتفقوا على أن كلا من الزوج و الزوجة يشارك فى الميراث جميع الورثة دون استثناء، و على أن للزوج النصف من تركة الزوجة إذا لم يكن لهـا ولـد منه و لاـ من غيره، و الربع إذا كـان لها ولـد منه أو من غيره، و على أن للزوجـة الربع إذا لم يكن للزوج ولد منها أو من غيرها، و الثمن إذا كان له ولد منها أو من غيرها.

و قـال الأربعـة: ان المراد بالولـد هنـا ولـد الميت للصـلب، و ولـد الاـبن فقـط ذكرا كان أو أنثى، أما ولـد البنت فإنه لا يمنع أحد الزوجين من نصيبه الأعلى، بل قال: الشافعية و المالكية: ان ولد البنت لا يرث و لا يحجب، لأنه من فئة ذوى الأرحام.

و قال الإمامية: المراد بالولد مطلق الولد و ولد الولد ذكرا كان أو أنثى، فبنت البنت تماما كالابن تحجب أحد الزوجين من نصيبه الأعلى إلى الأدنى.

و إذا تعددت الزوجات فهن شركاء فى الربع أو الثمن يقتسمنه بالسوية.

و اتفقوا على أن الرجـل إذا طلق زوجته طلاقـا رجعيـا، ثم مـات أحـدهما فى أثناء عـدة المطلقـة توارثا، كما هى الحال مع عـدم الطلاق.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۶۰

و اختلفوا فيما إذا لم يكن وارث إلا أحد الزوجين: هل يرد الباقى من نصيبه عليه، أو يعطى لبيت المال؟

قال الأربعة: لا يرد على الزوج و لا على الزوجة (المغنى).

و اختلف الإمامية فيما بينهم على ثلاثة أقوال: الأول الرد على الزوج دون الزوجة، و هذا هو المشهور، و عليه عمل الفقهاء. الثـانى الرد على الزوج و الزوجـة معـا مطلقـا و فى جميع الحالاـت. الثالث الرد عليهما إذا لم يوجـد الإمام العادل، كما هى الحال الآـن، و الرد على الزوج دون الزوجـة إذا وجـد الإمام العادل، و بهـذا قال الصـدوق و نجيب الـدين بن سـعيد و العلامـة الحلى و الشـهيد الأـول، و حجتهم على ذلـك أن بعض الأخبـار قـالت يرد على الزوجـة، و بعضـها قالت لا يرد عليها، فنحمل الأولى على صورة عدم وجود الإمام العادل، و الثانية على صورة وجوده.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۶۱

أموال المفقود

المفقود هو الذى غاب و انقطعت أحباره، و لم يعلم موته و لا حياته، و قد تكلمنا فى كتاب «الزواج و الطلاق» عن حكم زوجته، و طلاقها بعـد أربعـة أعوام، و نتكلم هنا عن تقسـيم أمواله، و عن حقه فى الإرث إذا مات قريب له حال غيبته. و بديهـة أن تطليق الزوجة بعد أربع سنوات لا يستدعى تقسيم التركة بعدها، و لا عدم تقسيمها، بل تطلق الزوجة و لا تقسم التركة، إذ لا ملازمة بين

الطلاق و الموت.

و قد اتفقوا على انه يجب التربص فى تقسيم أمواله، حتى تمضى مدة لا يعيش فى مثلها «۱» و يرجع ذلک إلى نظر القاضى و اجتهاده، و تختلف هذه المدة باختلاف الزمان و المكان، و متى حكم القاضى بموته ورثه الأولى بميراثه عند الحكم، لا من مات من أقاربه قبل ذلک.

---

(۱) نقل صاحب المسالک و الجواهر انه قد اشتهر بين فقهاء الإمامية أن أمواله لا تقسم إلا بعد التحقق من موته بالتواتر و بالبينة أو بالخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم، أو بانقضاء مدة لا يعيشها أمثاله فى الغالب.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۶۲

و إذا مات قريب لهذا المفقود حال الغيبة المنقطعة وجب أن يعزل نصيبه مستقلا، و يكون كسائر أمواله، حتى يتبين الأمر، أو يحكم القاضى بموته بعد مدة الانتظار.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۶۳

ميراث الحرقى و الغرقى و المهدوم عليهم

اشارة

ذكر فقهاء السنة و الشيعة مسألة ميراث الغرقى و الحرقى و المهدوم عليهم و أمثالهم، و اختلفوا فى توريث بعضهم من بعض، إذا اشتبه الحال، لم يعلم تقدم موت أحدهما على موت الآخر.

فذهب الأئمة الأربعة: الحنفى و المالكى و الشافعى و ابن حنبل إلى أن بعضهم لا يرث بعضا، بل تنتقل تركة كل واحد لباقى ورثته الأحياء، و لا يشاركهم فيها ورثة الميت الآخر، سواء أ كان سبب الموت و الاشتباه الغرق أم الهدم أم القتل أم الحريق أم الطاعون «۱».

أما الشيعة الإمامية فكان لاجتهادهم أثر بليغ فى هذه المسألة، فقد شرحها فقهاء العصر الأخير منهم شرحا وافيا، و فرعوا عنها صورا لم تخطر فى ذهن أحد من رجال التشريع قديما و حديثا، فقبل أن يتكلموا عن ميراث الغرقى، و المهدوم عليهم بالخصوص تكلموا عنهم و عن أمثالهم

---

(۱) كتاب ميزان الشعرانى ج ۲ باب الإرث.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۶۴

بوجه يشمل كل حادثين علم بوجودهما، و لم يعلم المتقدم من المتأخر، و كان تأثير أحدهما فى حالة السبق و التقدم غير تأثيره فى حالة التأخير و التخلف عن الآخر. ان المجتهدين من فقهاء الشيعة المتأخرين يرون مسألة ميراث الغرقى و غيرهم مسألة جزئية لكلية كبرى، و فردا من أفراد قاعدة عامة لا تختص بمسألة دون مسألة، و باب دون باب من أبواب الفقه، بل تشمل كل حادثين حصلا، و اشتبه المتقدم من المتأخر، سواء أ كان الحادثان أو أحدهما من نوع العقود، أم من الإرث أم من الجنايات، أم غير ذلک، فيدخل فى القاعدة ما لو حصل عقدا بيع، أحدهما أجراه المالک الأصيل بنفسه مع عمر على شىء خاص من ممتلكاته، و الثانى أجراه وكيله فى بيع ذلک الشىء مع زيد، و لم يعلم أى العقدين متقدم ليحكم بصحته و أيهما متأخر ليحكم بفساده؟ و

هكـذا كـل حادثين يرتبط تأثير أحـدهما بتقـدم الآخر عليه مع فرض انه ليس فى البين دلائل تـدل على وقوع الحادثين فى لحظة واحـدة، أو سـبق أحـدهما على الآخر، فليست مسألـة الغرقى و غيرهم مسألـة مسـتقلة بـذاتها، و إنها هى من جزئيات قاعدة عامة. لـذلك نرى المجتهـدين من فقهاء الشـيعة الإماميـة صـرفوا الكلام قبل كل شـىء إلى القاعـدة نفسـها، و بيان حكمها، و بعد هذا تكلموا عن ميراث الغرقى و غيرهم، و ان حكمهم هـل هو حكم القاعـدة العامـة أو ان هناك ما يوجب اسـتثناء حكم الغرقى عن القاعدة، و لا ريب أن تحرير البحث على هذا النحو أجدى نفعا، و أكثر فائدة.

و حيث أن معرفة هذه القاعدة تتوقف على معرفة أصلين آخرين يتصلان اتصالا وثيقا بها، لذلك نختصر الكلام عنهما بمقدار ما تـدعو الضـرورة لمعرفة القاعدة المقصودة بالذات، على انهما لا يقلان عنها نفعا. و الأصـلان هما أصل عدم وقوع الحادث الذى شك فى وقوعه، و أصل تأخر الحادث الذى علم وقوعه.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۶۵

أصل عدم وقوع الحادث:

لنـا قريب فى المهجر، كنـا نراسـله، و يراسـلنا، ثم قطع عنا الرسائل، و قطعناها نحن عنه، و بعـد أمـد طويل يخطر لنا أن نرسل اليه كتابـا، فنكتب له على عنوانه الأـول، مع انه لم يخالجنـا الشـك بأنه مات، أو انتقل من مكانه. فما هو السـر الـذى دعانا إلى عـدم الاهتمام بما طرأ على ذهننا من الشك و احتمال الموت، و تغير العنوان؟ و أيضا نعتقد بأمانة انسان و صدقه، فنجعله محل ثقتنا، و نـأتمنه على أثمن الأشـياء، ثم يصـدر منه عمـل فنظن انه تغير و تبـدل، و مع ذلـك نمضـى معه كما كنا أولا، و هكـذا فى جميع المراسلات و المعاملات و المواصلات.

و السر فى ذلك ان الإنسان مسوق بفطرته على الأخذ بالحال السابقة إلى أن يثبت العكس، فإذا علم بحياة زيد، ثم حصل الشك بحـدوث موته، فالأصل الـذى تقره الفطرة هو البقاء على نيـة الحياة إلى أن يثبت الموت بأحـد طرق الإثبات، و هـذا معنى أصـل عـدم وقـوع الحـادث الـذى لم يثبت وقوعه، و اليه يهـدف قول الإمـام الصـادق: «من كـان على يقين ثم شـك فلاـ ينقض اليقين بالشك، ان اليقين لا ينقصه إلا اليقين، لا تـدخل الشك على اليقين، و لا تخلط أحـدهما بالآخر، و لا تعتد بالشك مع اليقين فى حال من الأحوال».

فـإذا علمنـا ان فلانـا مـدين بمـال، ثم ادعى الوفـاء، فالأصل بقاء الـدين إلى أن يثبت الوفاء، أى كما علمنا بالـدين يجب ان نعلم بالوفـاء، لأن العلم لا يزيله إلا العلم، و الشك الطارئ بعـد العلم لا أثر له، فمن ادعى شـيئا يضاد الحال السابقـة فهو مـدع عليه أن يقيم البينة على مدعاه و من كان قوله وفق الحال السابقة فهو منكر لا تتجه عليه سوى اليمين.

فتحصل من هذا البيان ان معنى أصل عدم الحادث فى حقيقته هو الأخذ بالحال السابقة الى أن يثبت العكس.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۶۶

أصل تأخر الحادث الواحد:

لو علم القاضى ان خليلا كان حيا فى يوم الأربعاء، و انه فى يوم الجمعة كان فى عداد الأموات و لم يعلم هل حدث موته فى يوم الخميس أو فى يوم الجمعـة و ليس لـديه آيـة دلالـة تعين زمن الموت بـالخصوص، فبمـا ذا يحكم؟ أ يحكم بأن خليلا مات يوم الجمعة أو يوم الخميس؟

ان فى فرضنا هذا ثلاثة أزمنة: زمن العلم بالحياة، و هو يوم الأربعاء، و زمن العلم بالموت، و هو يوم الجمعة، و الزمن المتخلل بينهما، و هو يوم الخميس الذى لم يعلم بالحياة فيه، و لا بالموت. و الأصل يوجب إلحاق هذا الزمن المتخلل بالزمان الذى قبله لا بالذى بعده، أى نلحق زمن الجهل بالحياة بالحالة بالحالة السابقة، و هى العلم بالحياة، فنبقى على علمنا بالحياة إلى زمن العلم بالموت، و تكون النتيجة ان الموت تأخر زمن حدوثه الى يوم الجمعة. و هكذا كل شىء علم بحدوثه، و حصل الشك فى تقدمه و تأخره إذا كان الحادث واحدا غير متعدد.

العلم بوقوع حادثين مع الجهل بالمتقدم منهما:

بعد أن مهدنا بذكر الأصلين: عدم وقوع الحادث و تأخر وقوع الحادث الواحد نشرع ببيان حكم القاعدة العامة المقصودة بالذات من هذا البحث، و هى العلم بوقوع حادثين يرتبط تأثير أحدهما بتقدمه على الآخر مع الجهل بالمتقدم منهما كوقوع عقدين أجرى أحدهما الأصيل، و الآخر أجراه الوكيل، و كحصول الولادة و الهبة، كما قلنا فيما تقدم، و كموت متوارثين لا يعرف أيهما توفى قبل صاحبه.

و يختلف حكم هذه القاعدة باختلاف علم القاضى بزمن وقوع كل

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۶۷

واحد من الحادثين أو عدم علمه بزمان حدوثهما أو علمه بزمن حدوث أحدهما خاصة، فالحالات ثلاث:

۱- ان يعلم القاضى من أقوال المتداعيين أو من الوقائع تاريخ كل واحد من الحادثين، فيحكم و الحال هذه بموجب علمه.

۲- ان يجهل القاضى تقدم أحد الحادثين على الآخر، و لكن يحصل له العلم بتاريخ حدوث أحدهما دون الآخر كما لو علم بأن بيع الفرس حصل فى اليوم الثانى من شهر حزيران و لا يدرى هل وقع العيب فى اليوم الأول منه كى يجوز الرجوع أو اليوم الثالث كى لا يجوز؟ و العمل فى هذه الحال هو الحكم بتقدم معلوم التاريخ، و تأخر المجهول لأن أصل تأخر الحادث الذى تقدم ذكره لا يجرى فى معلوم التاريخ فان العلم يمنع من الأخذ بالأصل. أما الحادث الذى جهلنا زمن حدوثه فيجرى فيه أصل تأخر الحادث لأن هذا الأصل يعتمد عليه فى مقام الجهل.

و الخلاصة انه إذا وقع حادثان أحدهما معلوم التاريخ و الآخر مجهول التاريخ يحكم بقول مطلق بتقدم المعلوم و تأخر المجهول سواء أ كان الحادثان من نوع واحد كموت شخصين، أو وقوع عقدين أو كان الحادثان متغايرين.

۳- ان لا يعلم القاضى زمن حدوثهما، و لا زمن حدوث أحدهما خاصة أى يكونا مجهولى التاريخ، و حينئذ لا أصل يعين تقديم أحدهما و تأخير الآخر، لأن أصل تأخير أحدهما عن الثانى ليس بأولى من أصل تأخير الثانى عن صاحبه- بعد ان كان كل منهما مجهول التاريخ- فأصل تأخر الحادث إنما يؤخذ به إذا كان الحادث واحدا أو كان متعددا، و لكن أحدهما معلوم التاريخ لا يجرى فيه الأصل، و الآخر مجهول يجرى فيه الأصل، أما إذا كانا مجهولين و لا ميزة لأحدهما على الآخر فيسقط

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۶۸

الاعتماد على الأصل بكل منهما لمكان المعارضة «۱».

الغرقى و المهدوم عليهم:

اشارة

قد يكون بين اثنين قرابة قريبة، و لكن ليس لأحدهما أهلية الإرث من قريبه كأخوين لهما أولاد، و هذه الحال خارجة عما نحن فيه و ينتقل ميراث كل واحد لأولاده سواء أمات هو و أخوه فى لحظة واحدة أو تقدم الموت أو تأخر، و يتفق هذا مع ما جاء فى كتب الفقه لجميع المذاهب الإسلامية، و ما نقل عن القانون الفرنسى.

و قد تكون أهلية الإرث ثابتة لأحد الطرفين دون الطرف الثانى كأخوين لأحدهما خاصة أولاد، و ليس للآخر أولاد، و هذه الحال خارجة ايضا عن الموضوع لأن أبا الأولاد ينتقل ميراثه لأولاده و الذى ليس له أولاد تختص تركته بسائر أقاربه الوارثين غير أخيه الذى مات معه غرقا أو حرقا أو غير ذلك لأن الشرط فى الإرث ان تعلم حياة الوارث عند موت الموروث و المفروض عدم العلم بحياة أبى الأولاد عند موت من لا ولد له «۲».

و قد تكون الموارثة ثابتة لكلا الطرفين كابن و أب و كأخوين ليس ليس لهما أب و أم، و ليس لهما أو لأحدهما أولاد كزوجين وارث كل منهما غير وارث الآخر، و هذه الحال تدخل فى صميم الموضوع و يشترط

---

(۱) تجد هذا التفصيل فى كتب أصول الفقه للشيعة الإمامية (باب تنبيهات الاستصحاب) و من تلك الكتب الكتاب المعروف بالرسائل للشيخ الأنصارى و كتاب تقريرات النائينى للسيد الخوئى، و كتاب حاشية الرسائل للشيخ الاشتيانى.

(۲) كتاب مفتاح الكرامة و كتاب المسالك، و كتاب اللمعة.

الشيعة الإمامية لتوريث بعضهم من بعض أمرين:

۱- أن يكون موت كل منهما مستندا الى سبب واحد، و ذلك السبب يجب ان يكون الهدم أو الغرق خاصة بأن يكونا فى بنائه فتنهار عليهما، أو سفينة فتغرق بهما، و لو هلك أحدهما بسبب الغرق، و الآخر بسبب الحريق أو الانهيار أو هلكا معا بسبب الطاعون أو فى المعركة فلا توارث، و المنقول عن القانون الفرنسى انه يشترط للتوارث اتحاد سبب الموت، و لكنه لا يحصر السبب بالغرق و الهدم فحسب- كما تقول الشيعة- بل يتحقق التوارث أيضا إذا كان الهلاك بالحريق.

۲- ان يكون زمن كل واحد من الهالكين مجهولا فلو عرف زمن موت أحدهما و جهل زمن موت الآخر يرث المجهول دون المعلوم.

و إليك المثال: انهارت بنائه على رجل و زوجته، أو غرقت بهما سفينة و حين الاسعاف عثر على الزوج و هو يلفظ النفس الأخير و كانت الساعة قد بلغت الخامسة، و بعد ساعتين عثر رجال الاسعاف على الزوجة و هى جثة هامدة، و لم يعلموا هم و لا نحن هل فارقت الحياة قبل الزوج أو بعده أو معه فزمن موت الزوج معلوم و زمن موت الزوجة مجهول، و أصل تأخر الحادث الذى أشرنا إليه يستدعى أن ترث الزوجة التى جهل تاريخ وفاتها من الزوج الذى علم تاريخ وفاته، و لا يرث هو منها شيئا.

و إذا انعكس الأمر فعلم زمن موت الزوجة، و جهل زمن موت الزوج ورث الزوج دون الزوجة. و بتعبير ثان إنه إذا علم تاريخ احدى الوفاتين فمجهول التاريخ يرث من المعلوم، و معلوم التاريخ لا يرث من المجهول.

و حيث ان الإرث يختص بالمجهول فحسب، و غير ثابت للطرفين فلا يفرق فى هذه الحال بين أسباب الموت. فالحكم واحد سواء أ كان سبب الموت الغرق أو الحريق أو الانهيار أو الوباء العام أو القتل فى المعركة.

اما إذا جهل التاريخان كما لو عثر على جثة الزوج و الزوجة و هما

هامدتان و لم يعلم زمن موت أحدهما تتحقق الموارثة بين الطرفين اى يرث كل واحد من صاحبه. و هذا التفصيل بين حال العلم

بتاريخ أحد الهالكين من جهة و الجهل بالتاريخين من جهة ثانية لم ينقل عن قانون أجنبى، و لم أجده فى كتب فقهاء السنة المتقدمين و المتأخرين، و لا فى كلمات الشيعة السالفين، و إنما ذكره مجتهدو الشيعة المتأخرون فى كتب أصول الفقه.
و الخلاصة ان الشيعة الإمامية يحصرون التوارث فيما إذا كان سبب الموت الغرق أو الهدم خاصة، و لم يعلم زمن موت واحد من الهالكين، و على هذا إذا ماتا حتف الأنف أو بسبب الحريق أو القتل فى المعركة أو الطاعون و ما إلى ذلك فلا توارث بل ينتقل مال كل واحد إلى ورثته الأحياء، و لا يرث أحد الهالكين من صاحبه شيئا، و إذا علم تاريخ موت أحدهما دون الآخر يرث المجهول من المعلوم، و لا يرث المعلوم من المجهول.

كيفية التوارث:

كيفية التوارث أن يفرض أن الزوج مات قبل الزوجة و يخرج من تركته نصيبها و تقتسم ورثتها أموالها التى كانت لها فى قيد الحياة و نصيبها المتصل إليها بالإرث من زوجها، ثم يفرض ان الزوج مات بعد الزوجة، و يخرج من تركتها نصيب الزوج، و يقتسم ورثته أمواله التى كانت له و هو حى و نصيبه المتصل إليه بالإرث من زوجته و لا يرث أحدهما من الأموال التى ورثها منه صاحبه فإذا كانت الزوجة تملك مائة ليرة و الزوج يملك ألفا فترث الزوجة من الألف فحسب، و الزوج من المائة فقط لانه لو ورث أحدهما من الأموال التى ورثها صاحبه منه لأدى ذلك إلى أن الإنسان بعد موته يرث من مال نفسه! و من المحال ان يرث
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۷۱
الإنسان شيئا ورثه هو لغيره.
و الخلاصة إذا مات اثنان بسبب الغرق أو الهدم، و كان بينهما توارث و اشتبه المتقدم من المتأخر و لم يعلم تاريخ وفاة أحدهما يرث بعضهم من بعض من تلاد المال دون طارفه «۱» عند الإمامية فقط.

---

(۱) تلاد المال هو ما كان للميت حال حياته، و طارفه هو ما ورثه من ميت معه.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۷۲

نماذج للتوضيح

إذا استقرأت ما قدمنا رأيت ان المذاهب الأربعة تحرم من الميراث الأنثى و من يتقرب بها فى كثير من الحالات، فأولاد البنت و العمات و العم لام و الجد لها، و الأخوال و الخالات ليسوا بشىء إذا وجد واحد من العصبات الذين يتقربون الى الميت بواسطة الأب. و بنت الأخ لأبوين أو لأب لا ترث مع أخيها من أمها و أبيها، و كذلك بنت العم لا ترث مع أخيها من أمها و أبيها. و لو لا نص القرآن الكريم على ميراث البنت و الأخت و الأخوات لأب، و الاخوة و الأخوات لام بالذات لكان شأنهن شأن غيرهن من الإناث و من يتقرب بهن.
و هذه عادة جاهلية، حيث كان الميراث عند أهلها قائما على أساس التعصب و الانتصار للرجل، و لذا حصروا الإرث بالولد الأكبر الذى يحمل السلاح، و يقاتل. فإن لم يكن من الأولاد من يحمل السلاح أعطوا الإرث لعصبة الأب. و قد لاحظت، و انا أراجع أحكام الإرث عند السنة ان الأنثى إنما ترث إذا كان لها فرض منصوص عليه فى كتاب اللّه، أو اقتضى القياس ان تكون

مساوية لصاحبة الفرض، كإلحاق بنت الابن بالبنت للصلب، و حرمان الإناث فيما عدا ذلک، اما الإمامية
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۷۳
فقد ساووا فی استحقاق الميراث بين الذكور و الإناث و يتضح ذلک من الأمثلة التالية:
ترک بنتا و أخا لأبوين أو لأب الأربعة/ البنت ۱/ ۲ الأخ ۱/ ۲ الإمامية: المال كله للبنت و لا شیء للأخ.
ترک بنتا و اما الأم ۱/ ۶ البنت ۳/ ۶ الأربعة/ يبقى سهمان يأخذهما الجد لأب ان كان، و الا فالإخوة لأبوين و إلا فالإخوة لأب على ترتيب العصبات.
الإمامية/ الأم ۱/ ۴ البنت ۳/ ۴ و لا شیء للعصبات.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۷۴
ترک أبا و اما و أولاد بنت الأربعة/ الأم مع عدم الحاجب ۲/ ۶ الأب ۴/ ۶ و لا شیء لأولاد البنت.
الإمامية/ الأم ۱/ ۶ الأب ۲/ ۶ أولاد البنت ۳/ ۶ تركت اما و أبا و زوجا الأربعة/ الزوج ۶/ ۱۲ الأم ۲/ ۱۲ الأب ۴/ ۱۲ الإمامية/ الزوج ۳/ ۶ الأم ۲/ ۶ الأب ۱/ ۶ ترک أبا و اما و زوجة الأربعة/ الزوجة ۳/ ۱۲ الأم ۳/ ۱۲ الأب ۶/ ۱۲ الإمامية/ الزوجة ۳/ ۱۲ الأم ۴/ ۱۲ الأب ۵/ ۱۲
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۷۵
ترک أبا و بنتا الأربعة/ الأب ۱/ ۲ البنت ۱/ ۲ الإمامية/ الأب ۱/ ۴ البنت ۳/ ۴ ترک بنتا و جدا لأب الأربعة/ البنت ۱/ ۲ الجد ۱/ ۲ الإمامية: المال كله للبنت، و لا شیء للجد.
ترک زوجة و اما و جدا لأب الأربعة/ الزوجة ۳/ ۱۲ الأم ۴/ ۱۲ الجد ۵/ ۱۲ الإمامية/ الزوجة ۱/ ۴ الأم ۳/ ۴ و لا شیء للجد.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۷۶
ترک جدا لأب و جدا لأم الأربعة: المال كله لأب الأب، و لا شیء لأب الام.
الإمامية/ الجد لأب ۲/ ۳ الجد لام ۱/ ۳ ترک جدة لأم و جدا لام الأربعة: المال كله لأم الأم، و لا شیء لأب الام.
الإمامية/ أم الأم ۱/ ۲ أب الأم ۱/ ۲ ترک جدة لأم و جدة لأب قال الأربعة لها معا السدس يقتسمونه بالسوية، و الفاضل لأولى عصبة ذكر، فإن لم يكن رد على الجدتين عند الحنفية و الحنابلة، و اعطى لبيت المال عند المالكية و الشافعية.
الإمامية/ أم الأم ۱/ ۳ أم الأب ۲/ ۳
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۷۷
ترک بنت ابن و بنت بنت قال الأربعة: لبنت الابن النصف، و الفاضل يعطى لذى عصبة، و لا شیء لبنت البنت.
و قال الإمامية تأخذ كل واحدة نصيب من تقريب به.
بنت الابن ۲/ ۳ بنت البنت ۱/ ۳ ترک ابن بنت، و بنت ابن قال الأربعة: النصف لبنت الابن، و الفاضل لذى عصبة و لا شیء لابن البنت.
و قال الإمامية/ ابن البنت ۱/ ۳ بنت الابن ۲/ ۳ ترک بنتا و بنت ابن الأربعة/ البنت ۳/ ۶ بنت الابن ۱/ ۶ و الباقى لذى عصبة.
الإمامية: المال كله للبنت، و لا شیء لبنت الابن.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۷۸
ترک بنتين و بنت ابن قال الأربعة: للبنتين فأكثر الثلثان، و الفاضل لذى عصبة، و لا شیء لبنت الابن.
و قال الإمامية: المال كله للبنتين.

ترک بنتین، و بنات ابن و ابن ابن قال الأربعة: للبنتین الثلثان، و الثلث الباقی لبنات الابن و ابن الابن، یقتسمونه للذکر مثل حظ الأنثیین.

و قال الإمامیة: المال کله للبنتین، و لا لشیء لأولاد الابن.

ترک بنتا و أختا لأبوین أو لأب الأربعة/ البنت ۱/ ۲ الاخب ۱/ ۲ الإمامیة: المال کله للبنت و لا شیء للأخت.

ترک عشر بنات و أختا لأبوین أو لأب الأربعة/ الأخت ۱/ ۲ البنات العشر ۱/ ۲ الإمامیة: المال کله للبنات، و لا شیء للأخت.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۷۹

ترک بنتا و أخا لأم قال الأربعة: النصف للبنت بالفرض، و الفاضل یعطی للعصبة، و لا شیء للأخ لأم.

و قال الإمامیة: المال کله للبنت.

ترک بنتا و أختا لأبوین أو لأب و عما کذلک الأربعة/ البنت ۱/ ۲ الأخت ۱/ ۲ و لا شیء للعم.

الإمامیة: المال کله للبنت.

ترک بنتا و عما لأبوین أو لأب الأربعة/ البنت ۱/ ۲ العم ۱/ ۲ الإمامیة: المال کله للبنت.

ترک عما لأبوین أو لأب و عمة کذلک قال الأربعة: المال کله للعم، و لا شیء للعمة.

الإمامیة/ العم ۲/ ۳ العمة ۱/ ۳

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۸۰

ترک بنتا و ابن عم لأبوین أو لأب و عما لام الأربعة/ البنت ۱/ ۲ ابن العم ۱/ ۲ و لا شیء للعم.

الإمامیة: المال کله للبنت.

ترک أخوالا و خالات و ابن عم لأبوین أو لأب قال الأربعة: المال کله لابن العم، و لا شیء للأخوال و الخالات.

و قال الإمامیة: المال کله للأخوال و الخالات، و لا شیء لابن العم، أما کیفیة التقسیم بین الأخوال و الخالات فقد تقدم فی میراثهم.

ترک بنت عم و ابن عم لأبوین أو لأب قال الأربعة: المال کله لابن العم، و لا شیء لبنت العم، حتی و لو کانت أختا لابن العم من أمه و أبیه.

الإمامیة/ بنت العم ۱/ ۳ ابن العم ۲/ ۳ ترک جدا لام و عما لأبوین أو لأب قال الأربعة: المال کله للعم، و لا شیء للجد.

و قال الإمامیة: المال کله للجد، و لا شیء للعم.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۸۱

ترک ابن أخ لأبوین أو لأب، و خمسة أبناء أخ آخر لأبوین أو لأب.

قال الأربعة: یقسم المال علی عدد رؤوسهم لا علی عدد آبائهم و تکون الفریضة من ستة، لکل واحد سهم.

و قال الإمامیة: یقسم المال علی عدد آبائهم، لا علی عدد رؤوسهم و یأخذ کل نصیب من یتقرب به، فلابن الأخ الواحد خمسة من عشرة، و للخمسة الآخرین خمسة أسهم، لکل واحد سهم من عشرة.

ترک ابن أخ و بنت أخ لأبوین أو لأب قال الأربعة: یرث الذکر دون الأنثی مع أنها أخته لأمه و أبیه.

و قال الإمامیة یرثان معا للذکر مثل الأنثیین.

نکتفی بهذا القدر من الأمثلة، و هی کافیة وافیة لتقدیم صورة کاملة عن ان المیراث عند الإمامیة یختلف اختلافا جوهریا عنه عند مذاهب السنة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۵۸۵

الوقف

تعريفه:

الوقف يجمع على وقوف، و أوقاف، و الفعل منه وقف، أما أوقف فشاذ، كما في تذكرة العلامة الحلي، و معناه لغة الحبس و المنع، تقول:

وقفت عن السير، أي امتنعت عنه.

و في الشرع نوع من العطية يقضي بتحبيس الأصل، و إطلاق المنفعة، و معنى تحبيس الأصل المنع عن الإرث و التصرف في العين الموقوفة بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الإجارة أو الإعارة، و ما إلى ذاك. أما تسبيل المنفعة فهو صرفها على الجهة التي عينها الواقف من دون عوض.

و يرى بعض الفقهاء ان الوقف غير مشروع في الشريعة الإسلامية، و انه مناف لمبادئها إلا فيما كان مسجدا، و هو قول متروك عند المذاهب.

التأبيد و الاستمرار:

اتفقوا ما عدا المالكية على ان الوقف لا يتحقق إلا إذا أراد به الواقف التأبيد و الاستمرار، و لذا يعبر عنه بالصدقة الجارية، فلو حدده بأمد معين، كما لو قال: هذا وقف الى عشر سنوات، أو قال: على ان استرجعه متى شئت، أو عند حاجتي، أو حاجة أولادي، أو ما

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۵۸۶

الى ذاك، لو كان هكذا- لا يكون وقفا بمعناه الصحيح.

و ذهب كثير من فقهاء الإمامية إلى أنه يبطل وقفا و يصح حبسا «۱» إذا قصد صاحب العين الحبس، أما إذا قصد الوقف بطل وقفا و حبسا، و معنى صحته حبسا ان الجهة التي خصصها صاحب العين للاستثمار تنتفع بالعين طوال المدة المضروبة، و بعدها ترجع إلى المالك، كما كانت الحال من قبل.

و مهما يكن، فان هذا لا يتنافى مع اعتبار التأبيد و الاستمرار في الوقف، و قد التبس الأمر على الشيخ أبي زهرة، و صعب عليه التمييز بين الوقف و الحبس عند الإمامية، لذا نسب إليهم القول بأن الوقف يجوز عندهم أن يكون مؤبدا و ان يكون مؤقتا. و هذا خطأ، بل الوقف عندهم لا يكون إلا مؤبدا.

و قال المالكية: لا يشترط في صحة الوقف التأبيد، بل يصح و يلزم مدة تعيينه سنة مثلا، و يكون بعدها ملكا لصاحبه.

و كذا إذا اشترط أن يبيع الواقف العين الموقوفة هو، أو الموقوف عليه صح، و يتبع الشرط (الجزء السابع شرح الزرقاني باب الوقف) «۲».

و إذا وقف على جهة تنقرض، و لا تدوم: كما لو قال: هذا وقف على أولادي الموجودين، أو على غيرهم من الذين ينقرضون- في الغالب- فهل يصح الوقف، أو يبطل؟ و على افتراض الصحة فلمن يكون الوقف بعد الجهة المنقرضة؟

(١) الفرق بين الوقف و الحبس ان بالوقف يزول الملك عن الواقف كلية، و لذا يمتنع إرث العين و غيره من التصرفات، أما الحبس فالعين باقية على ملك الحابس، و تورث و تباع إلخ. و قد خفى هذا الفرق على شيخ أبى هريرة، و نسب إلى الإمامية ما لا يريدون، كما سترى.
(٢) ان لمسألة التأبيد فى الوقف صلة تامة بمسألة من يملك العين الموقوفة التى سنتكلم عنها فى هذا الفصل بالذات، فلاحظ.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٨٧

قال الحنفية: يصح الوقف، و يصرف بعد انقراض الجهة إلى الفقراء.

و قال الحنابلة: يصح: و لكن يصرف إلى أقرب الناس للواقف، و هو أحد قولى الشافعية.

و قال المالكية: يصح، و يرجع لأقرب الفقراء الى الواقف، فإن كلهم أغنياء الى عصبتهم. (المغنى و الزرقانى و المهذب).

و قال الإمامية: يصح وقفا، و يرجع الى ورثة الواقف. (الجواهر).

القبض:

القبض هو ان يتخلى المالك عن العين، و يسلط عليها الجهة الموقوف إليها، و هو عند الإمامية شرط فى لزوم العقد، لا فى صحته، فإذا وقف، و لم يحصل القبض فللواقف ان يرجع.

فلو وقف على جهة عامة كالمسجد أو المقبرة أو على الفقراء لا يلزم الوقف الا باستلام المتولى، أو الحاكم الشرعى، أو بالدفن فى القطعة، أو الصلاة فى المسجد، أو بتصرف الفقير باذن الواقف، و إذا لم يحصل القبض بشىء من ذلك يجوز للواقف الرجوع عن الوقفية. و إذا وقف على جهة خاصة كأولاده، فان كانوا كبارا لا يتم الوقف الا باستلامهم بإذنه، و ان كانوا صغارا لم يحتج الى قبض جديد، لأن يده يدهم، لمكان ولايته. و إذا مات الواقف قبل القبض بطل الوقف، و أصبح ميراثا، و مثاله ان يقف دكانا فى سبيل الخير، ثم يموت، و هى فى تصرفه- فتعود، و الحال هذه، إلى الورثة.

و قال المالكية: لا يكفى القبض وحده، بل لا بد معه من الحيازة سنة كاملة، كأن يقبض الموقوف اليه، أو المتولى العين، و تبقى سنة فى تصرفه، و بعد تمامها يلزم الوقف، و لا يمكن إبطاله بحال.

و قال الشافعية، و ابن حنبل فى بعض أقواله: لا يحتاج الوقف لتمامه

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٨٨

الى القبض، بل يزول ملك الواقف بمجرد القول. (أبو زهرة كتاب الوقف).

من يملك العين الموقوفة؟

ليس من شك أن العين قبل الوقف كانت على ملك الواقف، إذ لا وقف إلا فى ملك. و بعد تمام الوقف هل تبقى العين على ملكه كما كانت من قبل، غاية الأمر انها تكون مسلوبة المنفعة بالقياس اليه، أو انها تنتقل إلى الموقوف إليهم، أو تصبح بلا مالك أصلا، و هو المعبر عنه بفك الملك؟

للفقهاء فى ذلك أقوال: فقد ذهب المالكية إلى أن العين الموقوفة باقية على ملك الواقف، و لكنه ممنوع من التصرف فيها.

و قال الحنفية: ليس للعين الموقوفة مالكا بالمرة، و هو أصح الأقوال عند الشافعية «١» (فتح القدير ج ٥ باب الوقف، و أبو زهرة كتاب الوقف).

و قال الحنابلة: تنتقل العين إلى ملك الموقوف إليهم. أما الإمامية فقد نسب إليهم الشيخ أبو زهرة فى صفحة ۴۹ طبعة ۱۹۵۹ القول ببقاء العين على ملك الواقف، ثم قال فى صفحة ۱۰۶: ان هذا القول هو الراجح عند الإمامية.

و لم يذكر أبو زهرة مصدرا لهذه النسبة، و لا أدرى من أين استخرجها،

---

(۱) ورد أبو زهرة هذا القول فى ص ۵۰ بأنه لا معنى لملكية اللّه هنا، لأنه تعالى يملك كل شيء.

و يلاحظ بأنه ليس المراد من ملك اللّه للوقف انه يصير بمنزلة المباحات الأصلية، بل يكون ملكه له على نحو ملكه خمس الغنيمة التى جامت فى قوله وَ اعْلَمُوا أَنَّمٰا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّٰهِ خُمُسَهُ.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۸۹

و قد جاء فى كتاب الجواهر، و هو أهم كتاب و أوثق مصدر لفقه الإمامية، ما نصه بالحرف الواحد: «الوقف إذا تم زال ملك الواقف عند الأكثر، بل عن المشهور، بل فى محكى الغنية و السرائر الإجماع عليه».

و بعد ان اتفق الإمامية كلهم أو جلهم على زوال الملك عن الواقف اختلفوا فى ان العين هل يرتفع عنها وصف الملكية كلية، بحيث لا- تكون على ملك الواقف، و لا الموقوف إليهم، و هو المعبر عنه فى لسانهم بفك الملك، أو انها تنتقل من الواقف إلى الموقوف إليهم.

ذهب جماعة منهم الى التفصيل بين الوقف العام كالمساجد و المدارس و المصاح، و ما إليها و بين الوقف الخاص، كالوقف على الذرية، فما كان من النوع الأول فهو فك ملك، و ما كان من النوع الثانى ينتقل من ملك الواقف الى ملك الموقوف اليه.

و تظهر فائدة الخلاف فى ملكية العين الموقوفة- تظهر فى جواز البيع و عدمه، و فيما لو وقف العين إلى أمد، أو انقرضت الجهة الموقوف إليها، فبناء على قول المالكية من بقاء العين على ملك الواقف يجوز البيع، و تعود العين الى الواقف بعد انتهاء الأمد، أو انقراض الجهة.

و بناء على انتفاء الملكية بالمرة عن العين لا يجوز البيع، لأنه لا بيع إلا فى ملك، و يبطل الوقف المحدود و بناء على انتقالها الى ملك الموقوف اليه لا تعود الى الواقف. و تعرف النتيجة بجلاء من المسائل التى سنعرضها، و لذا ينبغى أن نكون على معرفة من هذا الخلاف، لأنه يلقى ضوءا على كثير من مسائل الوقف.

أركان الوقف:

اشارة

أركان الوقف أربعة: الصيغة، و الواقف، و العين الموقوفة، و الموقوف عليه.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۹۰

الصيغة:

اتفق الكل على ان الوقف يتحقق بلفظ «وقفت»، لانه يدل على الوقف صراحة، و بدون قرينة لغة و شرعا و عرفا، و اختلفوا فى تحققه بلفظ «حبست و سبلت و أبّدت» و ما إلى ذاك، و أطالوا الكلام بدون طائل.

و الحق انه يقع و يتم بكل لفظ يدل عليه، حتى باللغة الأجنبية، لأن الألفاظ - هنا- وسيلة للتعبير، و ليست غاية فى نفسها «١».

المعاطاة:

هل يتم الوقف بالفعل، كما لو بنى مسجدا، و أذن للصلاة فيه، أو اذن بالدفن فى قطعة أرض بنية وقفها مقبرة، دون أن يقول: وقفت و حبست، و ما أشبه، أو لا بد من النطق، و لا يكفى مجرد الفعل؟

قال الحنفية و المالكية و الحنابلة: يكفى مجرد الفعل، و تصير العين وقفا به. (المغنى لابن قدامة ج ٥ باب الوقف. و شرح الزرقانى على مختصر ابى ضياء ج ٧ باب الوقف).

و على هذا القول جماعة من كبار الإمامية، منهم السيد اليزدى فى

---

(١) أما القائلون: ان الوقف لا يقع إلا بلفظ معين فيتلخص دليلهم بأن الأصل بقاء الملك لمالكه، أى أن العين قبل التلفظ كانت على ملك المالك، و بعده نشك فى انتقالها عنه، فنستصحب بقاء الملك. و يلاحظ بأن هذا يتم لو شككنا فى ان المالك: هل أراد الوقف أم لا؟. أو علمنا بأنه أراده قطعا، و لكن شككنا فى انه هل أنشأه و أوجد سببه؟.

أما إذا قطعنا بأنه أراد الوقف، و ايضا قطعنا بأنه أتى بما يدل عليه فلا يبقى مجال للتشكيك، و الحال هذه، و ان حصل التشكيك فهو وهم لا أثر له. اللهم إلا إذا رجع الشك إلى سببية الصيغة و تأثيرها من الوجهة الشرعية.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٩١

ملحقات العروة، و السيد أبو الحسن الأصفهانى فى وسيلة النجاة، و السيد الحكيم فى منهاج الصالحين، و حكى عن الشهيد الأول، و ابن إدريس.

و قال الشافعية: لا يتم الوقف إلا بالصيغة اللفظية (المغنى ج ٥).

القبول:

هل يحتاج الوقف الى قبول، أو يكتفى بمجرد الإيجاب؟ و بكلمة ثانية:

هل يتحقق إنشاء الوقف بإرادة واحدة، أو لا بد من إرادتين متوافقتين؟

و قد فصّل الفقهاء بين الوقف على جهة عامة، كالفقراء و المسجد و المقبرة، حيث لا يقصد الواقف شخصا معينا، و بين الوقف على معين، كأولاده، و ما أشبه.

و اتفق الأربعة على ان غير المعين لا يحتاج إلى قبول، اما المعين فقال المالكية و أكثر الحنابلة: هو كغيره لا يفتقر إلى القبول.

أما الشافعية فالأرجح عندهم اشتراط القبول (كفاية الأخيار للحصنى الشافعى ج ١ باب الوقف، و كتاب الوقف لأبى زهرة ص ٦٥ طبعة ١٩٥٩).

و اختلف فقهاء الإمامية فيما بينهم على ثلاثة أقوال: اشتراط القبول مطلقا فى المعين و غير المعين، و عدم اعتباره كذلك، و التفصيل بين غير المعين، أى الجهة العامة، فلا يحتاج إلى قبول، و بين المعين، أى الجهة الخاصة، فيحتاج اليه، تماما كالقول الراجح للشافعية، و هذا هو الحق «١».

---

(۱) ذهب إلى هـذا التفصـيل جماعـة من كبار الإمامية كصاحب الشـرائع، و الشـهيدين، و العلامة الحلى، و غيرهم، و عليه يكون الوقف عقدا يحتاج إلى إيجاب و قبول فى المعين و لا مانع شرعا و لا عقلا فى أن يكون الوقف عقدا بلحاظ، و إيقاعا بلحاظ، و ان منعه صاحب الجواهر.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٩٢

التنجيز:

قال المالكيـة: يجوز أن يكون الوقف معلقا على شـرط، فإذا قال المالك: إذا جاء الوقت الفلانى فدارى وقف، صح، و تم الوقف (الزرقانى على مختصر أبى ضياء ج ۷ باب الوقف).
و قـال الحنفيـة و الشافعيـة: لا يصـح التعليق، بل يجب ان يكون الوقف مطلقا، فإذا كان معلقا كالمثال المـذكور يبقى الـدار على ملك صاحبه (الإقناع للشربينى ج ٢ باب الوقف، و فتح القدير ج ٥ كتاب الوقف).
و لا ادرى كيف أجاز هـذان المـذهبان التعليق فى الطلاق، و منعاه فى غيره مع العلم بأن الاحتياط و التشديد فى الفروج ألزم منه فى غيرها.
و قال الحنابلـة: يصـح التعليق على الموت فقط، كما لو قال: هـذا وقف بعـد موتى، و لا يصـح فيما عدا ذلك (غاية المنتهى ج ٢ باب الوقف).
و ذهب أكـثر الإماميـة إلى وجـوب التنجيز، و عـدم جـواز التعليق (التـذكرة للحلى ج ٢ و الجـواهر ج ۴ و ملحقـات العروة، باب الوقف) «۱» و عليه إذا قـال: إذا متّ فهـذا وقف، لم يصـر وقفـا بعـد الموت. أمـا إذا قال: إذا متّ فاجعلوا هـذا وقفا يكون وصـية بالوقف و على الوصى ان ينفذ، و ينشئ الوقف.

---

(۱) لاـ دليـل من القرآن، و لا من السـنة، و لا من العقل على عـدم جواز التعليق فى العقود و الإيقاعات و من أبطل التعليق اسـتند إلى الإجماع، و بديهة ان الإجماع إنما يكون حجة إذا لم نعرف له مسـتندا، و إذا عرف سـببه سقط عن الاعتبار، و نظر إلى نفس السـبب و المسـتند الـذى اسـتند اليه المجتمعون، و قـد اسـتندوا- هنـا- إلى التوهم بـأن الإنشـاء معناه، انه موجود بالفعل، و معنى التعليق على الشرط ان الإنشاء غير موجود، و تكون النتيجة ان الإنشاء متحقق و غير متحقق.
و يرد هـذا ان الإنشـاء متحقق بالفعـل، و غير معلق على شـىء، و إنما آثاره هى التى سـتحصل فى المسـتقبل على تقـدير حصول الشرط، تماما كالوصية المعلقة على الموت، و النذر المعلق على وجود الشرط.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٥٩٣

الواقف:

اتفقوا على ان كمال العقل شـرط لإنشاء الوقف، فلا يصـح وقف المجنون، لنفى التكليف عنه، و عدم الأخذ بمقاصده و أقواله و أفعاله.
و ايضا اتفقوا على ان البلوغ شـرط، فلا يجوز وقف الصبى مميزا كان، أو غير مميز، و لا يحق لوليه ان يقف عنه، و لا للقاضى ان يتولى ذلك، أو يأذن به، و قال بعض فقهاء الإمامية: يصح وقف الصبى البالغ عشرا. و لكن أكثرهم على المنع.

و لا يصح وقف السفيه، لأنه من التصرفات المالية، و هو ممنوع منها «۱» و قال الحنفية: يصح أن يوصى السفيه من ماله بالثلث، على شريطة ان تكون الوصية فى وجه البر و الإحسان، سواء أ كانت بالوقف، أو بغيره. (الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ باب مبحث الحجر على السفيه).

نية القربة:

ليس من شك أن قصد الوقف شرط فى تحققه، فإذا تلفظ به السكران، أو المغمى عليه، أو النائم، أو العابث يكون لغوا، لأصالة بقاء الملك على ما كان.

و اختلفوا فى نية القربة: هل هى شرط كالعقل و البلوغ، بحيث لو قصد الواقف أمرا دنيويا لا يتم الوقف، أو انه يتم بدونها؟

قال الحنفية: ان القربة شرط فى الحال أو المآل، اى ان الموقوف

---

(١) اختلفوا فى ان الحجر على السفيه: هل يبتدئ من وقت حدوث السفه و ان لم يحكم القاضى بالتحجير، أو من وقت الحكم عليه بذلك. و سنعرض له مفصلا فى باب الحجر إن شاء اللّه.

يجب ان يصرف على وجوه البر إما حال الوقف، و اما بعده، كما لو وقف على الأغنياء الموجودين، و من بعدهم على أولادهم الفقراء (فتح القدير) «۱».

و قال مالك و الشافعى: لا يشترط فى الوقف نية القربة (أبو زهرة كتاب الوقف ص ٩٢ و ما بعدها).

و قال الحنابلة: يشترط ان يكون الوقف على بر و قربة، كالمساكين و المساجد و القناطر و الأقارب و كتب العلم، لانه شرع لتحصيل الثواب، فان لم يكن لم يحصل المقصود الذى شرع من أجله (منار السبيل لابن ضويان ص ۶ طبعة أولى).

و قال صاحب الجواهر و صاحب العروة فى ملحقاتها- من الإمامية-:

أن القربة ليست شرطا لصحة الوقف و لا لقبضه، بل للأجر و الثواب عليه. و اذن يتم الوقف بدونها.

مرض الموت:

مرض الموت هو الذى يتصل به، و يكون من شأنه أن يميت صاحبه حسب المظنون.

و اتفق الكل على ان هذا المريض إذا وقف شيئا من أملاكه صح، و خرج من الثلث، ان اتسع، و ان زاد توقف الزائد على اجازة الورثة.

و بكلمة، انه يشترط فى الواقف جميع ما يشترط فى البائع من العقل و البلوغ و الرشد و الملك، و عدم الحجز عليه لإفلاس، أو سفه.

---

(١) نطلق لفظ «فتح القدير» على الكتاب المعروف بهذا الاسم، مع العلم بأنه مجموعة من أربعة كتب أحدها فتح القدير.

الموقوف:

اتفقوا على ان الموقوف يشترط فيه ما يشترط فى الشىء المباع من كونه عينا معينة مملوكة للواقف، فلا يصح وقف الدين، و لا المجهول، كعقار من ملكى، أو جزء منه، و لا وقف ما لا يملكه المسلم كالخنزير.

و اتفقوا ايضا على انه لا بد من إمكان الانتفاع بالموقوف مع بقاء عينه، أما ما لا يصح الانتفاع به الا بإتلافه، كالمأكول و المشروب فلا يصح وقفه، و من هذا النوع المنفعة، فمن استأجر دارا أو أرضا لأمد معين فلا يصح منه وقف منفعتها، إذ لا يصدق عليها مفهوم الوقف من أنه تحبيس الأصل، و تسبيل العين.

و أيضا اتفقوا على صحة وقف الأعيان الثابتة كالأرض و الدار و البستان.

و أيضا اتفقوا ما عدا الحنفية على صحة وقف الأعيان المنقولة، كالحيوان و الماعون، حيث يمكن الانتفاع بهما مع بقاء العين.

و قال أبو حنيفة لا يصح بيع المنقول، اما صاحباه أبو يوسف و محمد فذهب الأول إلى صحة وقف المنقول تبعا، كما لو وقف ضيعة بمواشيها و آلاتها، و ذهب الثانى إلى صحته فى خصوص السلاح و الكراع، اى الخيل. (فتح القدير ج ۵ و شرح الزرقانى ج ۷).

و أيضا اتفقوا على انه يصح وقف حصة شائعة، كالنصف أو الربع أو الثلث إلا فى المسجد «۱» و المقبرة، لأنهما لا يقبلان الشركة. (تذكرة العلامة و ميزان الشعرانى و الوقف لمحمد سلام مدكور).

و جاء فى ملحقات العروة فى فقه الإمامية: لا يصح وقف العين المرهونة، و لا ما لا يمكن تسليمه، كالطير فى الهواء، و السمك فى

---

(۱) قال السيد كاظم فى الملحقات: إذا كان له حصة فى دار جاز له ان يقفها مسجدا، و يستأذن المصلون من الشريك الآخر. و لست أفهم لهذا محصلا.

الماء، و ان كانا ملكا له، و لا وقف الحيوان الضال، و لا العين المغصوبة التى لا يستطيع الواقف، و لا الموقوف اليه تخليصها. أما إذا أوقفت على غاصبها بالذات فيصح، لان القبض متحقق بالفعل.

الموقوف عليه:

الموقوف عليه هو الذى يستحق فعلا ريع الوقف، و الانتفاع بالعين الموقوفة، و يشترط فيه ما يلى:

۱- ان يكون موجودا حين الوقف، فإذا كان معدوما، كما لو وقف على من سيولد فلا يصح عند الإمامية و الشافعية و الحنابلة، و يصح عند المالكية. فقد جاء فى كتاب شرح الزرقانى على ابى ضياء ج ۷:

«يصح الوقف على من سيولد، و يقف اللزوم الى ان يولد، فإن آيس من حملها، أو مات الحمل بطل الوقف».

و يصح الوقف على المعدوم تبعا للموجود فعلا- عند الجميع- كمن وقف على أولاده الموجودين، و من سيوجد من أولادهم. أما الوقف على الحمل الموجود حين الوقف فقد ذهب الشافعية و الإمامية و الحنابلة إلى انه لا يصح، إذ ليس للحمل أهلية التملك إلا بعد انفصاله حيا، أما عزل الميراث له، و جواز الوصية فلوجود دليل خاص، هذا، إلى ان عزل مقدار من الإرث انما هو لدفع محذور تفويت الحق، أو اعادة القسمة من جديد، و فى ذلك ما فيه من العسر و الحرج.

٢- ان يكون أهلاـ للتملك، فلا يجوز الوقف على حيوان، و لا الوصية له، كما يفعل الغربيون، حيث يوصون بشطر من أموالهم للكلاب، بخاصة «السيدات». اما الوقف على المساجد و المدارس و المصحات، و ما إليها فهو فى الحقيقة وقف على من ينتفع بها من الآدميين.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٩٧

٣- ان لا يكون معصية اللّه تعالى، كالوقف على الدعارة، و أندية القمار، و مجالس الخمر، و قطاع الطريق. أما الوقف على غير المسلمين، كالذمى فيجوز بالاتفاق، لقوله تعالى لا يَنْهاكُمُ اللّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ- ٨ الممتحنة.

و قال الفقيه الإمامى السيد كاظم فى ملحقات العروة باب الوقف:

بل يجوز الوقف و البر و الإحسان للحربى أيضا، ترغيبا فى الخير.

و قال الشهيد الثانى فى اللمعة الدمشقية ج ١ باب الوقف ما نصه بالحرف:

«يجوز الوقف على أهل الذمة، لأنه ليس بمعصية، و انهم عباد اللّه و من جملة بنى آدم المكرمين. ثم قال: لا يجوز الوقف على الخوارج و لا الغلاة «١»، لأن أولئك كفروا أمير المؤمنين عليا، و هؤلاء الهوة، و الخير هو النمط الأوسط، كما قال الامام: هلك فى اثنان: مبغض قال، و محب غال.

٤- أن يكون معينا غير مجهول، فإذا وقف على رجل، أو امرأة بدون تعيين بطل.

و قال المالكية: يصح الوقف، و ان لم يعين الواقف له مصرفا، فإذا قال: وقف دارى هذه، و سكت صح، و أنفق فى سبيل البر. (شرح الزرقانى على أبى ضياء).

٥- قال الإمامية و الشافعية و المالكية: لا يصح للواقف أن يقف على نفسه، أو يدخلها مع الموقوف عليهم، إذ لا يعقل ان يملّك

(١) لا شيء أصدق فى التعبير عن عقيدة أهل المذهب من كتبهم الدينية، بخاصة كتب الفقه و التشريع.

و الشهيد الثانى من أعظم المراجع عند الشيعة الإمامية، و هذا قوله صريح بأن غير المسلمين من أهل الأديان أفضل من الغلاة، و انهم عباد اللّه المكرمون. فكيف ينسب إلى الإمامية الغلو و المغالاة؟

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٥٩٨

الإنسان نفسه بنفسه، أجل إذا وقف على الفقراء، ثم افتقر يكون كأحدهم، و كذلك إذا وقف على طلبة العلم، و أصبح طالبا.

و قال الحنابلة و الحنفية: يصح. (المغنى و أبو زهرة و ميزان الشعرانى و ملحقات العروة).

الوقف على الصلاة:

و من عدم جواز الوقف على النفس يتبين بطلان الأوقاف الكثيرة الموجودة فى قرى جبل، و التى وقفها أربابها على الصلاة عنهم بعد موتهم، حتى و لو قلنا بجواز النيابة عن الميت فى الصلاة المستحبة فضلا عن الواجبة، لأنها فى الحقيقة وقف على النفس.

الاشتباه:

قال صاحب الملحقات: إذا اشتبه الموقوف عليه بين شخصين أو جهتين فالمرجع القرعة، أو الصلح القهرى، و معنى الصلح

القهری أن یقسم الناتج بین الاثنین اللذین هما طرفا الاشتباه.

و إذا جهلت جهة الوقف، و لم نعلم: هل هی المسجد، أو الفقراء، أو غیرهما صرف الوقف فی سبیل البر و الخیر.

و إذا ترددت العین الموقوفة بین شیئین، کما لو علمنا بوجود الوقف، و لم نعلم انه الدار أو الدکان، رجعنا إلی القرعة، أو الصلح القهری، أی أخذنا للوقف نصف الدکان، و نصف الدار.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۵۹۹

شروط الواقف و ألفاظه

إرادة الواقف:

إذا کان الوقف عطیة و تبرعا و صدقة یکون الواقف، و الحال هذه، معطیا و متبرعا و متصدقا. و بدیهة أن للإنسان العاقل البالغ الراشد الصحیح غیر المحجر علیه فی التصرفات المالیة- له أن یتبرع من أمواله ما یشاء إلی من یشاء بالنحو الذی یراه. و فی الحدیث «الناس مسلطون علی أموالهم». و قال الامام: «للوقوف بحسب ما یقفها أهلها». و لأجل هذا قال الفقهاء: شروط الواقف کنص الشارع، و ألفاظه کألفاظه فی وجوب اتباعها و العمل بها. و مثله الناذر، و الحالف، و الموصی، و المقر.

و علی هذا، فان علم قصد الواقف، و انه أراد هذا المعنی دون سواه أخذ به، حتی و لو خالف فهم العرف، کما لو علمنا انه أراد من لفظة أخی صدیقه فلانا، فنعطی الوقف للصدیق، لا للأخ، لأن العرف إنما یکون حجة متبعة باعتباره وسیلة تکشف عن القصد، فإذا عرفنا القصد یسقط العرف عن الاعتبار. أما إذا جهلنا القصد کان العرف هو المتبع، و إذا لم یکن للعرف اصطلاح، و لم یفهم من ألفاظ الواقف

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۰۰

شیء رجعنا إلی اللغة، تماما کما هو الشأن فی ألفاظ الکتاب و السنة.

الشرط السائغ:

اشارة

قلنا: ان للواقف الجامع للشروط أن یشترط ما یشاء. و نستثنی الآن الحالات التالیة:

۱- یلزم الشرط و ینفذ إذا اقترن بإنشاء الوقف، و حصل معه، أما إذا ذکر الشرط بعد تمام الإنشاء فیکون لغوا، إذ لا سلطان للواقف علی العین بعد خروجها عن ملکه.

۲- ان لا یذکر شرطا ینافی مقتضی العقد و طبیعته، کما لو شرط ان تبقی العین علی ملکه، فیورثها و یبیعها، و یهبها، و یؤجرها، و یعیرها، ان شاء. و معنی هذا فی حقیقته ان الوقف لیس بوقف، و ان ما لیس بوقف هو وقف. و إذا جعل هذا الشرط الإنشاء لغوا یکون الوقف بلا إنشاء، و المفروض انه لا یتم بدونه. و بکلمة، ان حال هذا الواقف أشبه بحال البائع الذی یقول: بعتک هذا علی ان لا ینتقل المبیع إلیک، و لا ینتقل الثمن إلیّ. و من أجل هذا أجمع الفقهاء علی ان کل شرط ینافی مقتضی العقد فهو باطل و مبطل.

و لكن السنهورى القانونى الشهير قال فى مجموعة القوانين المختارة من الفقه الإسلامى: أن الحنفية قالوا: يستثنى من ذلك المسجد، فإن هذا الشرط الفاسد لا يفسد وقفيته، أما بالنسبة الى غير المسجد يكون فاسدا و مفسدا. (لوقف المذكور).

٣- أن لا- يخالف الشرط حكما من أحكام الشريعة الإسلامية، كأن يشترط فعل الحرام، أو ترك الواجب. و فى الحديث: «من اشترط شرطا سوى كتاب اللّه عز و جل فلا يجوز له، و لا عليه. و قال الامام: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۰۱

حراما».

و ما عدا ذلك من الشروط التى تقترن بالعقد، و لا ينافى طبيعته، و لا حكما من أحكام الكتاب و السنة. فإنها جائزة يجب الوفاء بها بالاتفاق، كما لو اشترط أن يبنوا من غلة الوقف دارا للفقراء، أو يبتدأوا بأهل العلم، و ما إلى ذاك. و بكلمة إن الواقف كأى إنسان يجب أن تتمشى جميع تصرفاته، مع الأسس العقلية و الشرعية، سواء أ كانت هذه التصرفات من نوع الوقف، أو الأكل و السفر، أو غيره. فمتى وافقت الشرع و العقل وجب احترامها و إلا أهملت.

العقد و هذا الشرط:

ليس من شك أن الشرط الباطل لا يجب الوفاء به، مهما كان نوعه.

و أيضا ليس من شك ان ما كان منه منافيا لمقتضى العقد و طبيعته يسرى بطلانه إلى العقد بالذات، فيكون باطلا بنفسه مبطلا لغيره بالاتفاق، من غير فرق بين الوقف و غير الوقف.

و اختلفوا فى الشرط المنافى لأحكام الكتاب و السنة فقط، لا لطبيعة العقد، كمن وقف داره على زيد بشرط أن يرتكب فيها المحرمات، أو يترك الواجبات، اختلفوا: هل بطلان هذا الشرط يوجب بطلان العقد أيضا، بحيث لا يجب الوفاء بالعقد كما لا يجب الوفاء بالشرط، أو يختصر الفساد و البطلان على الشرط فقط.

نقل الشيخ أبو زهرة عن الحنفية فى كتاب الوقف ۱۶۲: «ان الشروط المخالفة للمقررات الشرعية تبطل هى فقط، أما الوقف فصحيح، و لا يفسد بفسادها، لأن الوقف تبرع، و التبرعات لا تبطلها الشروط الفاسدة».

أما الإمامية فقد اختلفوا فيما بينهم، فمن قائل: ان فساد الشرط لا

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۰۲

يوجب فساد العقد، و قائل: بأنه يوجبه، و توقف ثالث. (الجواهر و مكاسب الأنصارى).

و الذى نراه نحن ان فساد الشرط المنافى لأحكام الكتاب و السنة لا يسرى الى العقد بحال. ذلك ان للعقد أركانا و شروطا، كالإيجاب و القبول، و كون العاقد عاقلا بالغا، و المعقود عليه ملكا للعاقد، و قابلا للنقل و الانتقال، فمتى تم ذلك صح العقد بلا ريب، أما ذكر الشروط الفاسدة التى لا تمس أركان العقد و شروطه من قريب أو بعيد، بل ذكرت معه فقط فإن فسادها لا يستتبع فساد العقد، و لو افترض ان فساد العقد أحدث خللا فى العقد كالجهالة الموجبة للغرر فى عقد البيع يكون العقد، و الحال هذه، فاسدا، و لكن للجهالة، لا لفساد الشرط.

و إلى هذا ذهب صاحب الجواهر، و هو من هو فى ذوقه و تحقيقه، و مما يدل على صفاء هذه الفطرة قوله: «اما دعوى ان الشرط الفاسد إذا أخذ بنحو القيدية فيفسد العقد، و إذا أخذ بنحو الداعى فلا يفسده، أما هذه الدعوى فسفسطة لا محصل تحتها».

أجل، أنها سفسطة و كلام فارغ، لأن العرف لا يدرك، و لا يميز بين الحالين، و بديهية ان الخطابات الشرعية منزلة على الأفهام العرفية، لا على الدقة العقلية.

قدمنا أن الفقهاء قسموا الشروط إلى صحيحة و فاسدة، و قالوا:

يجب الوفاء بالأولى دون الثانية، و انهم قسموا الفاسدة إلى ما ينافى طبيعة العقد، و إلى ما لا ينافيه، و إنما ينافى أحكام الشريعة، و انهم اتفقوا على أن النوع الأول فاسد و مفسد، و اختلفوا فى النوع الثانى، فمن قائل بأنه فاسد غير مفسد، و قائل بفساده و إفساده.

ثم اختلفوا فى كثير من الموارد و الأمثلة: هل هى من نوع الشروط الفاسدة، و على افتراض انها منه، فهل هى مفسدة أيضا، أو فاسدة غير مفسدة؟ و فيما يلى نذكر طرفا من هذه الأمثلة:

الخيار:

قال الشافعية و الإمامية و الحنابلة: إذا اشترط الواقف لنفسه أن يكون له الخيار أمدا معلوما فى إمضاء الوقف، أو العدول عنه بطل الشرط و الوقف معا، لأنه شرط ينافى طبيعة العقد.

و قال الحنفية: بل كلاهما صحيح (فتح القدير و المغنى و التذكرة).

الإدخال و الإخراج:

قال الحنابلة و الشافعية فى القول الأرجح: إن اشترط الواقف أن يخرج من يشاء من أهل الوقف، و يدخل من يشاء من غيرهم لم يصح، و يبطل الوقف، لأنه مناف لمقتضى العقد فأفسده (المغنى و التذكرة).

و قال الحنفية و المالكية: بل يصح (شرح الزرقانى و أبو زهرة).

و فصل الإمامية: بين الإدخال و الإخراج، و قالوا ان اشترط إخراج من يريد من أرباب الوقف بطل الوقف، و ان اشترط إدخال من سيولد مع الموقوف عليهم جاز، سواء أ كان الوقف على أولاده، أو أولاد غيره (التذكرة).

الأكل و وفاء الدين:

قال الإمامية و الشافعية: لو وقف على غيره، و اشترط وفاء ديونه و إخراج مؤنته من الوقف يبطل الوقف و الشرط (الجواهر و المهذب).

فائدة:

و حيث ذكرنا شرط الخيار، و بعض الأمثلة للوقوف المقيدة بشرط

يحسن أن نشير بهذه المناسبة إلى ما دار و تداول على ألسنة فقهاء الإمامية من قولهم خيار الشرط، و شرط الخيار، و قولهم مطلق

العقد، و العقد المطلق، و أن نفرق بين الشرطين و الإطلاقين.

أما شرط الخيار فهو ان العاقد عند إنشاء العقد قد ذكر الخيار بلفظه، و اشترطه لنفسه، كما لو قال: بعتك هذا، و لى الخيار فى فسخ البيع و الرجوع عنه مدة كذا. أما خيار الشرط، و بالأصح خيار تخلف الشرط عن المشروط فان العاقد لم يذكر الخيار عند الإنشاء أبدا، و انما اشترط أمرا آخر، كما لو قال البائع للمشترى: بعتك هذا على ان تكون عالما، ثم تبين ان المشترى جاهل. و هذا التخلف يحدث للبائع الخيار فى فسخ البيع و الرجوع عنه، ان شاء أمضاه، و ان شاء فسخه، و معلوم ان الفرق كبير جدا بين الموردين.

أما الفرق بين العقد المطلق و مطلق العقد فيتبين بعد ان نعرف ان العقد على أنواع، منه العقد المجرد عن كل قيد، و هو العقد المطلق، و منه العقد المقيد بقيد إيجابى، أو بقيد سلبى، و منه العقد من حيث هو هو، أى غير ملحوظ به الإطلاق، و لا قيد الإيجاب أو السلب، و هو مطلق العقد الشامل للعهد المطلق، و للعقد المقيد. و عليه يكون كل من المطلق و المقيد قسيم للآخر، و فى عرض أخيه و حياله، و هما معا قسمان لمطلق العقد، تماما كالرجل و المرأة بالقياس الى مفهوم الإنسان «۱».

---

(۱) و من التعابير العلمية المختصرة ما هو معروف بين طلاب النجف من قولهم: بشرط شىء، و بشرط لا، و لا بشرط، و يريدون من «بشرط شىء» المفيد بالإيجاب كقولك: أعطيك بشرط أن تفعل كذا، و من «بشرط لا» المقيد بالسلب، كقولك: أعطيك بشرط ان لا تفعل، و «لا بشرط» كقولك: أعطيك، دون تقيد بسلب أو بإيجاب، و بديهة ان «اللابشرط» يشمل الأمرين معا، و يصدق على البشرط شىء، و البشرط لا.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج‌۲، ص: ۶۰۵

البنين و البنات:

إذا وقف على البنين لا تدخل البنات، و إذا وقف على البنات لا يدخل البنون، و إذا وقف على أولاده دخلا معا، و اقتسما بالسوية، و إذا قال: للذكر مثل حظ الأنثيين، أو له مثل الأنثى، أو للأنثى مثل حظ الذكرين، أو قال: من تزوجت من النساء فلا حظ لها أبدا صح فى ذلك كله مراعاة لشرط الواقف. و لم أجد فيما لدى من كتب الفقه للمذاهب الخمسة قولا يتنافى مع شىء من هذا سوى ما نقله أبو زهرة فى كتاب الوقف عن المالكية ص ۲۴۵: «ان الإجماع فى مذهب مالك قائم على تأثيم من وقف على بنيه دون بناته، أو جعل استحقاق الوقف مقيدا بعدم الزواج، و ان بعضهم جعل ذلك التأثيم علة للبطلان».

مغنيه، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، ۲ جلد، دار التيار الجديد - دار الجواد، بيروت - لبنان، دهم، ۱۴۲۱ ه‍ ق

و نعتقد ان القول بالبطلان، أو بإدخال البنات فى لفظ البنين قول متروك لا وزن له عند المالكية، فإن لدى من كتبهم أكثر من خمسة، و منها المطول و المختصر، و ما وجدت فيها إشارة الى هذا القول رغم البحث و التنقيب، بل على العكس، فقد جاء فيها: «ان ألفاظ الواقف تحمل على العرف، و هى كألفاظ الشارع فى وجوب الاتباع».

أجل، فقد نقل عن عمر بن العزيز انه حاول ان يدخل البنات فى أوقاف البنين، و ابن عبد العزيز ليس مالكيا. هذا، الى ان محاولته

ان دلت على شيء فإنما تدل على عطفه و انسانيته.

أولاد الأولاد:

و كما اختلف الفقهاء فى بعض الشروط أنها باطلهٔ أو صحيحهٔ، و ان الباطل منها هل يبطل أو لا يبطل، فقد اختلفوا أيضا فى دلالهٔ بعض الألفاظ، من تلك إذا قال: هذا وقف على أولادى، و سكت: هل

الفقه على المذاهب الخمسهٔ، ج۲، ص: ۶۰۶

يشمل لفظ أولادى أولاد الأولاد؟ و فى حال الشمول: هل يعم أولاد البنين و البنات معا، أو أولاد البنين فقط؟

فالمشهور من قول الإماميهٔ ان لفظ أولادى لا يشمل أولاد الأولاد، و لكن السيد الأصفهانى قال فى وسيلهٔ النجاهٔ: ان لفظ الأولاد يعم أولاد الأولاد ذكورا و اناثا، و هذا هو الحق، لأنه المفهوم العرفى الذى عليه المعول.

و روى صاحب المغنى عن ابن حنبل أن لفظ ولد يصدق على الذكر و الأنثى للصلب، و على أولاد الابن دون أولاد البنت.

و قال الشافعيهٔ: ان لفظ الولد يصدق على الذكر و الأنثى من الصلب، و لا يصدق على أولاد الأولاد إطلاقا، أما لفظ ولد الولد عندهم فيعم الذكور و الإناث، و به قال الحنفيهٔ (فتح القدير و المهذب).

و قال المالكيهٔ: تدخل الإناث فى لفظ الأولاد، و لا تدخل فى لفظ أولاد الأولاد (الزرقانى).

و قول المالكيهٔ هذا يناقض نفسه، لأن مادهٔ اللفظ واحدهٔ، و هى ل. و. د. فكيف دلت على الذكور و الإناث معا بدون الإضافهٔ، و معها دلت على الذكور فقط؟

الفقه على المذاهب الخمسهٔ، ج۲، ص: ۶۰۷

الولايهٔ على الوقف

اشارهٔ

الولايهٔ على الوقف هى سلطهٔ محددهٔ برعايته و إصلاحه و استغلاله، و إنفاق غلته فى وجهها. و تنقسم الولايهٔ إلى نوعين: عامهٔ، و خاصهٔ.

و العامهٔ هى التى تكون لولى الأمر، و الخاصهٔ ما كان لمن يوليه الواقف عند إنشاء الوقف، أو يوليه الحاكم الشرعى.

و اتفقوا على أن الولى يجب ان يكون عاقلا بالغا راشدا أمينا، بل اشترط الشافعيهٔ و كثير من الإماميهٔ العدالهٔ. و الحق الاكتفاء بالأمانهٔ و الوثاقهٔ، مع القدرهٔ على ادارهٔ الوقف ادارهٔ كاملهٔ.

و اتفقوا على أن المتولى أمين لا يضمن إلا بالتعدى أو التقصير.

و أيضا اتفقوا إلا مالكا على ان للواقف ان يجعل التوليهٔ حين الوقف لنفسه مستقلا، أو يشترط معه غيره مدهٔ حياته، أو لأمد معين، و له أن يجعل أمرها بيد غيره.

و عن كتاب فتح البارى ان مالكا قال: لا يجوز للواقف أن يجعل الولايهٔ لنفسه، لئلا يصير كأنه وقف على نفسه، أو يطول العهد، فينسى الوقف، أو يفلس الواقف، فيتصرف فيه، أو يموت، فيتصرف فيه ورثته، و إذا حصل الأمن من ذلك كله فلا بأس بأن يجعل الولايهٔ فى يده.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٦٠٨

و اختلفوا إذا سكت الواقف، و لم يجعل التولية له، و لا لغيره. قال الحنابلة و المالكية تكون التولية للموقوف عليهم إذا كانوا معروفين محصورين، و إلا فهى للحاكم. (التنقيح و شرح الزرقانى).

و قال الحنفية: تبقى الولاية للواقف، و ان لم ينص عليها لنفسه.

(فتح القدير).

أما الشافعية فقد اختلفوا فيما بينهم على ثلاثة أقوال: الأول أن تكون التولية للواقف. الثانى للموقوف عليهم. الثالث للحاكم. (المهذب).

و المعروف عند الإمامية انه إذا لم يعين الواقف وليا كانت التولية للحاكم، ان شاء باشرها بنفسه، و ان شاء فوضها الى غيره. و قال السيد كاظم فى الملحقات، و السيد الأصفهانى فى الوسيلة: ان هذا صحيح بالنسبة إلى الأوقاف العامة، اما بالقياس إلى الأوقاف الخاصة فإن للموقوف عليهم ان يحافظوا على الوقف، و يصلحوه، و يؤجروه، و يستوفوا الناتج بدون اذن الحاكم، و العمل على هذا.

و قال الإمامية: إذا اشترط الواقف الولاية لنفسه، و كان غير مأمون، أو اشترطها لرجل يعلم بفسقه فليس للحاكم ان ينزع الولاية من الواقف، و لا ممن ولاه، كما جاء فى تذكرة العلامة الحلى. بل قال صاحب الملحقات: لو اشترط الواقف ان لا يكون للحاكم آية مداخلة فى أمر وقفه صح، و إذا مات من ولاه الحاكم يكون الأمر للموقوف عليهم، أو لعدول المسلمين.

و قال صاحب فتح القدير الحنفى فى ج ٥ ص ٦١: «لو شرط الواقف ولايته لنفسه، و كان غير مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعها من يده. و كذا إذا شرط ان ليس للسلطان، و لا لقاض ان يخرجها من يده، و يوليها غيره، لأنه شرط مخالف لحكم الشرع، فبطل».

و لا أدرى كيف يجتمع هذا مع ما نقله أبو زهرة فى كتاب الوقف ص ٣٧٢ عن كتاب البحر من أن القاضى لا ينعزل بالفسق، فالناظر

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٦٠٩

أولى، لأن القضاء أشرف و أخطر! و متى اقام الواقف أو الحاكم وليا فليس لأحد عليه سلطان، ما دام قائما بالواجب، فان قصر أو خان، بحيث يلزم الضرر من بقائه و استمراره فى الولاية فإن للحاكم ان يستبدله، و الأولى ان يضم معه نشيطا أمينا، كما قال الحنابلة.

و إذا مات من عيّنه الواقف، أو جن، أو غير ذلك مما يخرجه عن الأهلية فلا تعود الولاية إلى الواقف إلا إذا جعل ذلك له حين إنشاء العقد.

و قال المالكية: بل تعود، و له ان يعزله متى شاء.

و قال الإمامية و الحنابلة: إذا اشترط التولية لاثنين، فان صرح، بأن لكل منهما الاستقلال فى العمل استقل، و إذا مات أحدهما، أو خرج عن الأهلية انفرد الآخر، و ان صرح بالاجتماع و عدم الاستقلال فلا يجوز لأحدهما التصرف بمفرده، و إذا أطلق و لم يبين حمل كلامه على صورة عدم الاستقلال بالتصرف، و عليه يعين الحاكم آخر، و يضمه إلى رفيقه (الملحقات و التنقيح).

و فى فتح القدير عن قاضيخان الحنفى: «أن الواقف إذا جعل الولاية لاثنين، فأوصى أحدهما إلى صاحبه فى أمر الوقف، و مات جاز تصرف الحى فى جميع الوقف».

قال صاحب الملحقات: إذا عين الواقف مقدارا من المنافع للمتولى تعين ذلك كثيرا كان أو قليلا، و ان لم يعين استحق اجرة

المثل. و يتفق هذا مع ما نقله مدكور عن القانون المصرى فى كتاب الوقف.

و اتفقوا على ان للولى الـذى عينه الواقف أو الحـاكم ان يوكـل من شاء فى إنجاز مصـلحة من مصالـح الوقف، سواء أصـرح من أسند إليه الولاية بذلك، أم لم يصرح، اللهم إلا إذا اشترط عليه المباشرة بالذات.

و أيضـا اتفقوا على انه ليس للمتولى أن يفوض التوليـة من بعـده الى غيره إذا منعه عنهـا الولى الأصـيل. كما اتفقوا على ان له ان يفوضها الى الفقه على المذاهب الخمسة- ٣٩

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٦١٠

غيره إذا أذن له. أمـا إذا سـكت، و لم يتعرض للتفويض إيجابـا و لاـ سـلبا فقـد ذهب الحنفيـة الى ان له ذلـك، و قـال الإماميـة و الحنابلة و الشافعية و المالكية: ليس له، و إذا فوض يكون تفويضه لغوا.

أبناء العلماء و الأوقاف:

وجد فى عصرنا علماء يحرصون على دنياهم حرص على على دينه.

و من ذلـك انهم يجعلون ولايـة الوقف الـذى فى يـدهم إلى أولاـدهم، ثم أولاـد أولاـدهم، ثم الى يوم يبعثون. و يتسترون بلفظ الأرشد فالأرشد من هذا النسل.

و لا أريد أن أرد على هذه البدعة: أو السـنة بالآيات و الروايات، و إنما أوجه هذه التساؤلات: هل قصد الشـيخ من هذا التفويض مصـلحة الوقف و المجتمع، أو المصلحة الشخصية لمن يوجد من الذرية. ثم هل الباعث على هذا التفكير مكارم الأخلاق و العفة و الزهد و التضحية فى سبيل الدين، أو الغنم للأولاد و أولاد الأولاد عن طريق الاتجار بالدين، و استغلاله؟ و هل اطلع جنابه على الغيب، و علم ان الأرشد من نسله أفضل للإسلام و المسلمين من الأرشد من نسل غيره؟.

و بالتالى، ألا يتعظ هـذا الشـيخ بما رآه و شاهـده من الشـجار بين أولاد العلماء، و بين أهل البلـد الـذى فيه الوقف، ثم النزاع بين الأولاد بعضهم مع بعض على تعيين الأرشد، و اتفاقهم بالنهاية على اقتسام الوقف، تماما كما يقتسمون الميراث؟

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٦١١

بيع الوقف

اسئلة:

اشارة

هل توجـد أسباب فى الواقع تسـتدعى جواز بيع الوقف؟ و ما هى هذه الأسـباب فى حال وجودها؟ ثم ما هو حكم الثمن لو جاز البيع و وقع؟ هل نستبدل به عينا تستهدف جهة الوقف الأولى، و تحل العين الجديدة محل العين القديمة، و تأخذ حكمها؟

المكاسب و الجواهر:

و سنعرض أقوال المذاهب بالتفصيل، و منها يتضح الجواب عن هذه التساؤلات و غيرها. و لم أجد فقيها من فقهاء المذاهب الخمسة قد أطال الكلام فى هذه المسألة، كالفقيهين الإماميين الشيخ الأنصارى فى مكاسبه، و الشيخ محمد حسن فى جواهره- باب التجارة- فقد تناولاها من جميع أطرافها، و فرعا عليها فروعا شتى، مع التبسيط فى عرض الأقوال و غربلتها، و تنقيه الحقائق الصافية الخالصة. و سنلخص المهم مما جاء فى

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۱۲

هذين السفرين اليتيمين اللذين اعتمدنا عليهما أكثر من اى كتاب فى بيان ما ذهب إليه الإمامية.

و بهذه المناسبة أشير- بإيجاز- الى ان الشيخ الأنصارى و صاحب الجواهر لم يوفرا أبدا على قارئهما الجهد و العناء فى كل ما انتجا، و تركا من آثار، بل طلبا منه الكد و الصبر و الذكاء، و المؤهلات العلمية الثرية.

و محال على من فقد هذه المؤهلات ان يتابعهما فى شيء، أو يلحق بغبارهما، بل يدعانه ضالا فى التيه، لا يدرى اين شاطئ السلام.

أما من أقام بنيانه على أساس من العلم فيعطيانه اثمن الجواهر، و أجدى المكاسب، على شرط الصبر و المتابعة أيضا. و لا اعرف فقيها إماميا من القدامى و الجدد اعطى الفقه الجعفرى و أصوله الحيوية و الأصالة بقدر ما أعطاه قلمهما الجبار.

و معذرة من هذا الاستطراد الذى قادتنى اليه قسرا تلمذتنى على يد هذين العظيمين، أو على آثارهما بالأصح.

هذه المسألة:

لقد تعددت أقوال الفقهاء، و تضاربت فى هذه المسألة أكثر من آية مسألة غيرها فى الفقه، أو فى باب الوقف. و تعرض صاحب الجواهر إلى هذا التعدد و التضارب، نقطف من كلامه هذه الملمومة:

وقع الاختلاف بين الفقهاء فى بيع الوقف على وجه لم نعثر على نظيره فى مسألة من مسائل الوقف إطلاقا، فهم ما بين مانع من بيع الوقف إطلاقا، و مجيز له فى بعض الموارد، و متوقف عن الحكم. بل تعددت الأقوال، حتى انفرد كل فقيه بقول، بل خالف الفقيه الواحد نفسه بنفسه فى كتاب واحد، فذهب فى باب البيع إلى غير ما قاله فى باب الوقف، و ربما ناقض قوله فى كلام واحد، فقال فى صدره ما يخالف

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۱۳

عجزه. ثم انهى صاحب الجواهر الأقوال إلى ۱۲ قولا، و تعرف هذه الأقوال، أو المهم منها من المسائل التالية:

المسجد:

للمسجد حكم عند المذاهب الإسلامية يخالف حكم جميع الأوقاف بشتى أنواعها، و لذا اتفقوا ما عدا الحنابلة على عدم جواز بيعه بحال، و مهما كانت الظروف و الأسباب، حتى و لو خرب، أو انتقل أهل القرية و المحلة، و انقطع المارة عن طريقه، بحيث يعلم جزما انه لا يمكن أن يصلى فيه انسان، مع ذلك كله يجب أن يبقى على ما هو بدون تغيير و لا تبديل، و عللوا ذلك بأن وقف المسجد يقطع كل صلة بينه و بين الواقف و غير الواقف إلا اللّه سبحانه، و من هنا عبروا عنه تارة بفك ملك، و أخرى بتحرير ملك، أى انه كان مقيدا فأصبح طلقا من كل قيد. و إذا لم يكن ملكا لأحد فكيف يجوز بيعه، مع العلم بأنه لا بيع إلا فى

ملك.

و رتبوا على ذلك ان لو استثمره غاصب، فسكن فيه، أو زرعه يأثم، و لكن لا يضمن و لا يغرم شيئا، لأنه غير مملوك لأحد.

و يلاحظ بأن خروجه عن الملك انما يمنع من تملكه بالبيع و الشراء، و لا يمنع من تملكه بالحيازة، كسائر المباحات العامة.

و قال الحنابلة: إذا انتقل أهل القرية عن المسجد، و صار فى موضع لا يصلى فيه، أو ضاق بأهله، و لم يمكن توسيعه، و لا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز، و ان لم يمكن الانتفاع بشىء إلا ببيع يباع (المغنى ج ۵ باب الوقف).

و يلتقى قول الحنابلة فى وجوه مع ما ذهب اليه الفقيه الإمامى السيد كاظم، حيث قال فى ملحقات العروة بعدم الفرق بين المسجد و بين غيره من الأوقاف.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۶۱۴

فالخراب الذى يبرر بيع غير المسجد يبرر بيع المسجد أيضا، أما التحرير و فك الملك فلا يمنع البيع فى نظره ما دامت العين متصفة بالمالية.

و الحق ما قلناه من عدم جواز التملك بالبيع، و جوازه بالحيازة.

و الذى يعزز قول هذا الفقيه العظيم من عدم الفرق ان من أجاز بيع غير المسجد إذا خرب انما أجازه لأن الخراب ينفى الغرض المقصود من الوقف، أو ينفى عنه الوصف الذى جعله الواقف موضوعا، أو قيدا للوقف، كما لو وقف بستانا من حيث هو بستان و لم يقف نفس الأرض من حيث هى هى، و هذا بعينه جار بالقياس إلى المسجد، لأن إقامة الصلاة فيه قيد فى وقفه، فإذا انتفى القيد انتفت الوقفية، أو انتفت صفة المسجدية التى اعتبرت فيه، و حينئذ يجرى عليه ما يجرى على غيره من جواز التملك بأحد أسبابه، و لو بالحيازة.

أموال المساجد:

فى الغالب أن يكون للمساجد أوقاف كحانوت، أو دار، أو أشجار، أو قطعة أرض، ينفق ريعها على إصلاح المسجد و فرشه و خادمه.

و بديهة أن هذا النوع لا يترتب عليه أحكام المسجد من الاحترام، و أفضلية الصلاة فيه، للفرق بين الشىء نفسه، و بين أمواله و أملاكه التابعة له.

و أيضا فرق بينهما من جهة البيع، فكل من منع من بيع المسجد الخراب له أن يجيز بيع الأوقاف التابعة له، إذ لا ملازمة شرعية، و لا غير شرعية بينهما، لأن المسجد وقف للعبادة، و هى روحية خالصة، أما الدكان فوقف لأجل المنفعة المادية، و لذا كان المسجد من نوع الوقف العام، بل هو أظهر أفراده، أما أوقافه فهى من الأوقاف الخاصة به وحده. اذن يجوز بيع أوقاف المسجد، و أوقاف المقبرة و المدرسة بلا ريب، حتى و لو قلنا بعدم جواز بيع المدرسة و المقبرة. و لكن هل يجوز

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۶۱۵

بيع الأعيان التابعة للوقف مطلقا، حتى مع عدم وجود سبب مبرر كالخراب، أو ضآلة الناتج، أو لا بد فيها من وجود المبرر شأنها فى ذلك شأن الوقف على الذرية و ما إليه من الأوقاف الخاصة؟

الجواب:

ان هذه الأعيان على قسمين: الأول ما ينشئه المتولى من ريع الوقف، كأن يكون للمسجد بستان، فيؤجره المتولى، و يشترى أو

يبنى المتولى الناتجة دكانا، لفائدة الوقف، أو يوجد الدكان بتبرعات المحسنين- إذا كان الأمر كذلك يجوز البيع و الاستبدال، مع المصلحة، سواء أوجد سبب من الأسباب التى ذكرها الفقهاء لجواز البيع، أم لم يوجد، لأن هذه الأعيان ليست وقفا، و إنما هى ناتج و مال للوقف، فيتصرف فيه المتولى تبعا للمصلحة، تماما كما يتصرف بثمر البستان الموقوف لمصلحة المسجد «۱».
اللهم الا أن يتولى الحاكم الشرعى إنشاء وقف العقار الذى اشتراه المتولى، و حينئذ لا يباع العقار إلا مع وجود سبب يبرر البيع.
أما وقف الناظر فلا أثر له بدون اذن الحاكم، لأنه ولى من أجل رعاية الوقف و استثماره، لا لإنشاء الأوقاف و إيجادها.
القسم الثانى الأعيان التى ينشئ وقفها المحسنون لمصلحة المسجد أو المدرسة، كمن أوصى بداره أو دكانه أو أرضه أن تكون وقفا للمسجد أو المدرسة، أو أنشأ هو الوقف بنفسه، فهذه العين تعطى حكم الأوقاف الخاصة، يجوز فيها البيع لسبب من أسباب الجواز: كالخراب و ضآلة العائد الملحق بالعدم. و بدونه لا يجوز. و لم أجد فيما لدى من كتب المذاهب الأربعة من ذهب إلى هذه التفرقة الموضوعية.

---

(۱) ينبغى الانتباه للفرق بين العقار الذى نشتريه بناتج الوقف، و بين أن نبيع الوقف الخرب و نشترى بثمنه عقارا آخر، فإن الثانى يأخذ حكم الأول فى هذه الحال، أما العقار الذى نشتريه من ناتج الوقف فلا يأخذ حكم الوقف.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۱۶

و قد استوحيتها مما ذكره الشيخ الأنصارى فى كتاب المكاسب، و هو يتكلم عن حكم حصير المسجد، قال ما نصه: «فرق بين ما يكون ملكا طلقا، كالحصير المشترى من مال المسجد، فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة، و لو لم يخرج من حيز الانتفاع، بل كان جديدا غير مستعمل، و بين ما يكون من الأموال وقفا على المسجد، كالحصير الذى يشتريه الرجل، و يضعه فى المسجد، و الثوب الذى يلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكا للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلا فى مواضع يسوغ فيها بيع الوقف».
و إذا جاز للناظر أن يبيع الحصير الجديد الذى كان قد اشتراه من مال المسجد جاز له فى غيره بلا ريب. و يدل على عدم الفرق قول الشيخ نفسه بعد أسطر من العبارة السابقة، حيث قال: «ان حكم الحمامات و الدكاكين التى أنشئت لتحصيل المنافع بالإيجار و نحوه غير حكم المساجد و المقابر و المشاهد.»
و مثل ذلك تماما قول النائينى فى تقريرات الخونسارى:
«و إذا هدم، أو هجر المسجد، و لم يعد بحاجة إلى أوقاف و لا غيرها صرف الوقف الخاص به إلى وجوه البر، و الأولى صرفه إلى مسجد آخر» و كذلك إذا كان الوقف على مدرسة خاصة، أو مصح خاص، و خرب، فإنه يصرف إلى الخير و البر، أو إلى النظير و المثيل.

غير المسجد:

أشرنا إلى أقوال المذاهب فى المسجد، و ان الإمامية و الشافعية و الحنفية و المالكية ضد الحنابلة فيه، أما فى غير المسجد من الأوقاف فإن للإمامية فى مسألة بيعها مسلكا خاصا، لذا نشير أولا إلى أقوال المذاهب الأربعة، ثم إلى قول الإمامية على حدة.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۱۷

و إذا أجاز الحنابلة بيع المسجد، مع وجود المسوغ فبالأولى أن يجيزوا بيع غيره من الأوقاف و استبداله، مع السبب الموجب.
أما الشافعية فقد منعوا البيع و الاستبدال إطلاقا، حتى و لو كان الوقف خاصا، كالوقف على الذرية، و وجد الف سبب و سبب. و

أجازوا للموقوف عليهم أن يستهلكوا بأنفسهم الوقف الخاص إذا وجد المقتضى، كالشجرة تجف، و لم تعد صالحة للثمر، فان للموقوف عليهم ان يتخذوها وقودا، و لا يجوز لهم بيعها، و لا استبدالها.

أما المالكية فقد جاء فى شرح الزرقانى على أبى ضياء أن الوقف يجوز بيعه فى حالات ثلاث: الأولى أن يشترط الواقف البيع عند إنشاء الوقف، فيتبع شرطه. الثانية أن يكون الموقوف من نوع المنقول، و لم يعد يصلح للجهة الموقوف عليها، فيباع، و يصرف ثمنه فى مثله و نظيره. الثالثة يباع العقار لضرورة توسيع المسجد، أو الطريق، أو المقبرة، و فيما عدا ذلك لا يسوغ البيع، حتى و لو خرب العقار، و أصبح لا يستغل فى شىء.

أما الحنفية فقد نقل عنهم أبو زهرة فى كتاب الوقف أنهم أجازوا الاستبدال فى جميع الأوقاف الخاصة منها و العامة- غير المسجد- و انهم ذكروا لذلك ثلاث حالات: الأولى ان يشترط الواقف ذلك حين الوقف.

الثانية ان يصير الوقف بحال لا ينتفع به. الثالثة أن يكون الاستبدال أدر نفعا، و أكثر غلة، و لا يوجد شرط من الواقف يمنع من البيع.

هذا هو ملخص رأى المذاهب الأربعة فى غير المسجد، و هم كما رأيت لا فرق عندهم بين الأوقاف الخاصة، و بين الأوقاف- غير المسجد- من جهة البيع، على عكس الإمامية الذين فرقوا بينهما.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٦١٨

العام و الخاص:

قسم الإمامية الوقف الى نوعين، و جعلوا لكل منهما حكمه و آثاره:

الأول: الوقف الخاص، و هو ما كان ملكا للموقوف عليهم، اى الذين يستحقون استثماره و الانتفاع به، و منه الوقف الذرى، و الوقف على العلماء أو الفقراء، و وقف العقار لمصلحة المسجد و المقبرة و المدرسة و ما إليها. و هذا النوع من الوقف هو الذى وقع الخلاف بينهم فى أنه يجوز بيعه، مع الأسباب الموجبة، أو لا يجوز إطلاقا، حتى و لو وجد ألف سبب و سبب.

الثانى: الوقف العام و هو ما أريد منه انتفاع الناس، كل الناس، لا فئة خاصة و لا صنف معين، و منه المدارس و المصحات و المساجد و المشاهد و المقابر و القناطر، و الخانات التى كانت منذ زمان، و عيون الماء، و الأشجار المسبلة للمارة، و فى حكمها المساجد و المقابر و المشاهد، لأنها لا تختص بمسلم دون مسلم، و لا بفئة من المسلمين دون فئة.

و قد اتفق الإمامية على ان هذه الأوقاف العامة لا يجوز بيعها، و لا استبدالها بحال، حتى لو خربت، و أوشكت على الهلاك و الضياع، لأنها عندهم، أو عند أكثرهم فك ملك، أى إخراج لها عن ملك مالكها الأول الى غير مالك، فأصبحت بعد الوقف تماما كالمباحات العامة. و بديهة انه لا- بيع إلا- فى ملك. بخلاف الأوقاف الخاصة، فإنها تحويل من ملك الواقف الى ملك الموقوف عليهم بنحو من الأنحاء. أجل، إذا انقطعت الجهة الموقوف عليها كلية يجوز تحويل الوقف إلى جهة أخرى قريبة من الأولى، كالمدرسة ينقطع عنها الطلاب، بحيث يتعذر اقامة الدروس فيها فيباح تحويلها الى مكتبة عامة، أو ناد للمحاضرات.

و قد أشرنا فى مسألة المسجد إلى انه إذا امتنع التملك بالبيع فإنه لا يمتنع بالحيازة، و أشرنا أيضا الى ان السيد صاحب ملحقات العروة يرد

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ٦١٩

على الفقهاء بعدم الفرق بين الوقف العام و الخاص، و ان السبب الذى يبرر بيع الخاص يبرر أيضا بيع العام، و انه لا يعترف بأن

الوقف فى العام من نوع فلك الملك و تحريره. و إذا افترض انه كـذلك فلا مانع عنده من البيع، لأن المبرر للبيع فى نظره مجرد اتصاف العين بالمالية.

أما نحن فنلاحظ على قول الفقهاء، و على قول السيد أيضا. وردنا على الفقهاء بأن عـدم الملك ان منع من التملك بالبيع فإنه لا يمنع منه بالحيـازة، كمـا ان الملـك بمفرده لاـ يبرر البيع، فـالعين المرهونـة مملوكـة بلا ريب، و مع ذلك لا يجوز بيعها إلا بإذن المرتهن.

و أما ردنا على السيد فهو أن الاتصاف بالماليـة وحـدها لا يجدى نفعا فان المباحات كالسـمک فى الماء، و الطير لها مالية، و مع ذلک لا يجوز بيعها. اذن ينحصر سبيل التملك بالحيازة، كما قلنا.

المقبرة:

اشارة

قـدمنا أن المقبرة من الأوقاف العامة، كالمسـجد، و ان الإمامية لا يجيزون بيع الأوقاف العامة بحال، حتى و لو خربت و اندرست.

و رأيت من المفيد أن اخصص المقبرة بهذه الفقرة، لأمرين:

الأول: لمكان الحاجة إلى بيان الحكم، فان كثيرا من مقابر المسلمين قد هجرت، و استعيض عنها.

الثاني: أن للمقبرة حالا تغاير بقية الأوقاف- فى الغالب- و تتبين هذه الحال المغايرة مما يلى:

لو علمنا ان إنسانا وقف أرضه مقبرة، و استعملت للدفن جرى عليها حكم الوقف العام، و كانت من الأوقاف التى لا يجوز بيعها، حتى و لو اندرست رسومها، و انمحت آثارها، و بليت عظام موتاها.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۲۰

و إذا علمنا ان هـذه القطعـة كانت مواتا، و لم يملكها مالك من قبل، ثم اتخـذها أهل القرية مقبرة، كما هى الحال- فى الغالب- فلن تكون وقفا من الأساس، لا عاما و لا خاصا، و انما تبقى على ما كانت مشاعا يحوزها من سبق، فإذا دفن ميت فى جزء منها لم يجز لغيره نبشـه، أو استعماله بمـا يسـتدعى الهتـک. و لكن لأـى إنسـان أن يحيى أى جزء شـاء من هـذه القطعـة بالـذات، يحييه بالعمارة، أو الزراعـة، إذا كان خاليا من القبور، أو كان فيه قبر قـديم، و قد صارت عظام صاحبه ترابا، أو كالتراب. يجوز له ذلك تماما كما جاز له أن يحيى أرضا أعرض عنها، أو هجرها من كان قد أحياها، حتى عادت إلى ما كانت عليه قبل الأحياء.

و إذا جهلنا الحال، و لم نعلم بأن هذه القطعة التى استعملت مقبرة:

هل كانت مملوكة، ثم وقفها المالك، حتى تكون الآن وقفا، و تأخذ حكمه، أو انها كانت فى الأصل مواتا، ثم جعلها أهل القرية مقبرة لموتاهم- إذا كان الأمر كذلك فلا تأخذ حكم الوقف، لأن الأصل عدم الوقف، حتى يثبت العكس بالبينة الشرعية.

و تقول: ان الوقف يثبت بالشياع، فلما ذا لا نثبت به وقف المقبرة؟

و جوابنا انه إذا حصل الشـياع بأن هذه المقبرة هى وقف، كأن يتناقل جيل عن جيل ان فلانا وقفها مقبرة، إذا كان هكذا فإنا نثبت الوقف قطعا. اما مجرد الشـياع بأن هذه مقبرة فلا يجدى شـيئا، إذ المفروض إنا نعلم بالوجدان انها مقبرة، و انه لم ينازع فى ذلك منازع، و لكن مجرد العلم بأنها مقبرة لا يثبت الوقفيـة، إذ قـد تكون مقبرة، و لا تكون وقفا، بل تكون مشاعا، و معلوم أن الخاص لا يثبت بوجود العام.

الفقه على المذاهب الخمسهٔ، ج ۲، ص: ۶۲۱

فرع:

إذا حفر انسان قبرا لنفسه، كى يدفن فيه عندما يوافيه الأجل جاز لغيره أن يدفن فيه ميتا آخر، حتى و لو كان فى الأرض سعهٔ، و الأولى أن يتركه له تجنبا لإيذاء المؤمن.

الأسباب المبرره:

قدمنا ان فقهاء الإماميهٔ اتفقوا على ان الأوقاف العامهٔ كالمساجد و المقابر، و ما إليها لا- يجوز بيعها، و انهم اختلفوا فى بيع الأوقاف الخاصهٔ، كالوقف على الذريهٔ، و على العلماء أو الفقراء إذا وجد السبب المبرر للبيع، و هذى هى الأسباب التى ذكروها لتبرير بيع الوقف الخاص:

۱- ان لا تبقى للعين الموقوفهٔ آيهٔ منفعهٔ للجههٔ الموقوف عليها، كالجذع البالى يجف و لا يثمر، و الحصير الخلق لا يصلح إلا للنار، و الحيوان إذا ذبح لم يعد صالحا إلا للأكل. و ليس من شك ان هذا سبب مبرر للبيع.

۲- قال السيد أبو الحسن الأصفهانى فى وسيلهٔ النجاهٔ: ان الآلات و الفرش، و ثياب الضرائح، و أشباه هذه، ان أمكن الانتفاع بها مع بقائها على حالها لا يجوز البيع، و ان استغنى عنها المحل، بحيث يستدعى بقاؤها فيه الضياع و التلف جعلت فى محل آخر مماثل، فان لم يوجد المماثل، أو وجد، و كان فى غنى عنها، صرفت إلى المصالح العامهٔ. أما إذا لم يمكن الانتفاع بها إلا ببيعها، و لزم من بقائها ضياعها، أو تلفها بيعت، و صرف ثمنها فى ذاك المحل، ان احتاج اليه، و إلا ففى المماثل، ثم فى الصالح العام.

الفقه على المذاهب الخمسهٔ، ج ۲، ص: ۶۲۲

۳- ان يخرب الوقف، كالدار تنهدم، و البستان لم يعد صالحا للانتفاع به، أو كانت منفعته ضئيلهٔ أشبه بالعدم، فإن أمكنت عمارته، و لو بإجارهٔ إلى سنوات فذاك، و إلا جاز البيع، على أن يستبدل بثمنه عين تحل محل العين الأولى، كما يأتى.

۴- إذا اشترط الواقف أن تباع العين إذا اختلف الموقوف عليهم، أو قل ريعها، أو غير ذلك من الشروط التى لا تحلل حراما، و لا تحرم حلالا اتبع شرطه.

۵- إذا وقع اختلاف بين أرباب الوقف يخشى منه على ضياع الأنفس و الأموال، بحيث لا ينحسم النزاع إلا بالبيع جاز، و وزع الثمن على الموقوف عليهم، إذا لم ينحسم النزاع إلا بهذه السبيل.

هكذا قالوا. و لا اعرف له مدركا إلا ما ذكروه من دفع الضرر الأشد. و معلوم بالبديههٔ انه لا يجوز دفع الضرر عن النفس بإدخاله على الغير، و فى البيع ضرر على البطون اللاحقهٔ.

۶- إذا أمكن أن يباع من الوقف الخرب، و يصرف الثمن لا صلاح الجزء الآخر جاز.

۷- إذا هدم المسجد فأحجاره و أخشابه و أبوابه، و سائر أدواته لا تأخذ حكم المسجد، و لا حكم العقار الموقوف لصالحه من عدم جواز البيع الا- بمبرر، بل يكون حكمها حكم أموال المسجد، و ناتج أوقافه تماما كإجار الدكان يتبع فيها المصلحهٔ التى يراها المتولى.

ثمن الوقف:

إذا بيع الوقف بسبب مبرر، فما ذا نصنع بالثمن؟ هل نوزعه على

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۲۳

الموقوف عليهم، تماما كما نوزع الناتج، أو يجب ان نشترى به عقارا مماثلا، إن أمكن، و يأخذ الثانى مكان الأول؟

قال المحقق الأنصارى و كثير غيره من ذوى الاجتهاد: «ان الثمن حكمه حكم الوقف الأول من كونه ملكا للبطون، فان كان الثمن عقارا أخذ مكان الأول، و ان كان نقدا اشترينا به ما هو أصلح، و لا يحتاج البدل إلى صيغة الوقف، لان نفس البدلية تستدعى بطبيعتها ان يكون الثانى كالأول من غير فرق. و لذا قال الشهيد فى غاية المراد: «انه أى البدل، صار مملوكا على حد الملك الأول، إذ يستحيل ان يملك على حدة».

ثم قال الأنصارى فى المكاسب فى آخر كلامه عن الصورة الأولى لصور جواز بيع الوقف: «لو تعذر أن نشترى بالثمن عقارا وضع الثمن عند أمين متقربين الفرض، و إذا دعت المصلحة للاتجار به جاز، و لكن الربح لا- يوزع على المستحقين، كما هو الشأن فى الناتج، بل يكون حكمه حكم أصل الوقف، لانه جزء من المبيع، و ليس كالنماء الحقيقى».

هذا ما قاله المحقق الأنصارى، و هو أعلم بمراده رضوان اللّه عليه، أما أنا فلم أدرك الفرق بين ربح التجارة بمال الوقف، و بين ثمرة العين الموقوفة، فكما أن الثمرة توزع على المستحقين كذلك ينبغى ان يوزع الربح. اللهم إلا- أن يقال بأن ناتج العقار الموقوف ليس من نوع العين الموقوفة، بل يباينها، أما أرباح التجارة فهى من نوع المال، و لا يختلف عنه فى شىء. و متى حصل الفرق اختلف الحكم. و مهما يكن، فان الفكر إذا جال وجد الحل لكل مشكلة و إشكال، و لكن من الوجهة النظرية، و بديهة ان العبرة بالواقع، و الواقع المحسوس ان العرف لا يجد فرقا بين الحالين، و عليه المعول.

و قال الشيخ النائينى فى تقريرات الخونسارى: إذا ابتيع بثمن العين

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۲۴

الأولى عين جديدة فإن الثانية لا تأخذ حكمها، و لا تكون وقفا مثلها، بل هى تماما كناتج الوقف. يجوز بيعها بدون عروض المبرر إذا رأى المتولى مصلحة فى البيع. و الحق ما ذهب إليه الأنصارى و الشهيد و غيرهما من المحققين من عدم الفرق بين البدل و المبدل منه.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۲۵

من طرائف الوقف

ما كان فى نيتى أن اسجل هنا شيئا يتصل بالوقف بعد ان انهيت الحديث عنه و عن أقوال المذاهب فيه. و لكن. تشاء الصدف ان اقرأ شيئا طريفا و ممتعا عن الأوقاف المصرية فى عهد المماليك و العثمانيين القدامى فى نفس اللحظة التى انتقلت فيها من باب الوقف الى باب الحجر. فى هذه اللحظة بالذات وصلتنى جريدة لسان الحال البيروتية، و جريدة الاخبار المصرية تاريخ ۷/ ۷/ ۱۹۶۴، فتركت القلم، و تصفحت الجريدتين، لا عرف ما يجرى حول غرفتى من حوادث، و لا خفف عن نفسى أثقال الصبر على طعام واحد.

و إذا بى أرى فى جريدة الاخبار ان فى مديرية الأوقاف المصرية غرفة من حديد، مضى عليها مئات السنين، و هى مقفلة، و شاءت المديرية أن تفتحها، و تطلع على ما فى داخلها. و ما ان فتحت أبواب الغرفة، حتى رؤيت آلاف الحجج و الوثائق مكدسة تعلوها الاتربة، فخصصت عشرين موظفا لفحصها و معرفتها. و حين باشروا بالعمل، رأوا العجائب و الغرائب. ۳۰۰ حجة كتبت بماء الذهب، و حجة يرجع تاريخها إلى ألف سنة. و قد أحسست بمتعة و طرافة فى قراءتها، إما لأنها كذلك

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۶۲۶

فى واقعها، و اما لأنى كنت غارقا فى التنقيب و التفكير و الكتابة عن الوقف إلى قمة الرأس. و إليك طرفا من هذه المحتويات عساك ان تشعر بالمتعة كما شعرت:

عقار وقف على علف البغلة التى كان يركبها شيخ الأزهر فى ذلك الوقت.

فلانة وقفت ثلاثة آلاف فدان على العلماء بشرط أن يكونوا على مذهب أبى حنيفة.

الباشا فلان وقف عشرة آلاف فدان على وضع سعف النخل و الريحان على مقابر أسرته.

و رجل وقف اسهما من ثروته على الزملانى، أى ساقى المياه فى الجامع.

و آخر وقف على الذى يلقى خطبة الجمعة.

و سيدة وقفت على حبال الدلاء التى يستقى بها فى المسجد.

و وقف على الجبب و القفاطين للشيوخ.

و وقف لإطلاق البخور فى حلقات الدرس.

و أذكر أنى قرأت فيما مضى عن وقف فى سورية يشترى بريعه صحون بدل الصحون التى تكسرها الخادمات، كى يسلمن من غضب مخدوماتهن.

و سمعت ان فى حمص وقفا على من يرى هلال رمضان ليلة العيد، و من أجل هذا تكثر دعاوى رؤيته هناك. و يوجد فى بعض قرى جبل عامل وقف على أكفان الموتى.

و إذا دلت هذه الأوقاف على شيء فإنها تدل على نوع التفكير فى ذاك العهد، و حياة المجتمع الذى كان يعيش فيه الواقفون و عاداته، و ان كثيرا من الناس إذا ماتوا لم يجد ذووهم ما يكفنونهم به.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۶۲۷

الحجر

اشارة

الفقه على المذاهب الخمسة، ج ۲، ص: ۶۲۹

المجنون و الصغير

اشارة

الحجر: الحجر بفتح الحاء و سكون الجيم، و معناه لغة المنع، و منه قوله تعالى وَ يَقُولُونَ حِجْراً مَحْجُوراً- الفرقان ۲۲. و شرعا منع الإنسان عن التصرف فى أمواله كلها أو بعضها، و أسبابه التى نتكلم عنها هنا أربعة: الجنون، و الصغر، و السفه، و الإفلاس «۱».

المجنون:

المجنون محجر عليه فى جميع تصرفاته بالنص و الإجماع، دائما كان الجنون، أو أدوارا، و لكن الأدوارى إذا تصرف حال إفاقته

نفذ تصرفه. و إذا صدر منه تصرف، و لم نعلم انه كان فى حال الجنون، أو الإفاقة لم ينفذ، لان العقل ركن فى صحة المعاملة و الشك فيه شك

---

(١) و مرض الموت من الأسباب أيضا، حيث يمنع المريض من التصرف فى أمواله إذا زاد عن الثلث، و قدمنا الكلام فى ذلك فى باب الوصايا بعنوان «تصرفات المريض» فراجع.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٦٣٠

فى أصل تحقق العقد، لا فى صحته، فينفى بالأصل. و بتعبير ثان إذا كان الشك فى صحة العقد ناشئا عن الشك فى وجود العقل حين العقد نستصحب الحالة السابقة، و نبقى ما كان على ما كان.

و المغمى عليه و السكران بحكم المجنون.

و إذا وطأ المجنون امرأة و حملت منه الحق به الولد، تماما كالشبهة.

الصغير:

الصبى محجر عليه بالاتفاق، و اختلفوا فى بعض تصرفات المميز، كما سنشير، و إذا تكامل فيه العقل و البلوغ يصبح رجلا، و تنفذ جميع تصرفاته.

و قال الإمامية و الشافعية: إذا بلغ الصبى عشرا صحت وصيته فى البر و الإحسان. و قال أكثر من واحد من الإمامية: يصح طلاقه أيضا استنادا إلى بعض الروايات.

و أشرنا فى باب الزواج فصل «شروط العاقدين» الى البلوغ بالسن و علاماته فراجع.

الضمان:

إذا أتلف المجنون أو الصبى مال الغير بغير اذنه فعليهما الضمان، لأن الضمان من الأحكام الوضعية التى لا يشترط فيها العقل و البلوغ «١» فان

---

(١) كل حق أدبى يعود إلى اللّه سبحانه يكون العقل و البلوغ شرطين فيه، و كل حق مالى يعود إلى الإنسان فلا يشترط فيه العقل و لا البلوغ.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٦٣١

كان لهما مال فى يد الولى طولب بالوفاء من مالهما، و إلا فعلى صاحب المال أن ينتظر، حتى يفيق المجنون، و يبلغ الصبى فيطالبهما بحقه.

الصبى المميز:

الصبى المميز هو الذى يستطيع أن يفرق بين الضار و النافع فى الجملة، و يعرف عقد البيع من عقد الإجارة، و الصفقة الرابحة من الخاسرة.

قال الحنفية: تجوز تصرفات الصبى المميز بدون اذن الولى إذا عادت عليه بالنفع المحض، كقبول الهبات و الوصايا، و الأوقاف من غير عوض، أما التصرفات التى يحتمل فيها النفع و الضرر، كالبيع و الشراء، و الرهن و الإجارة و الإعارة فلا تصح إلا بإذن الولى.

أما غير المميز فلا تصح تصرفاته بشتى أنواعها، أذن الولى، أو لم يأذن، سواء تصرف فى الشىء الحقير، أو الخطير.

و قال الحنابلة: يصح تصرف المميز بإذن الولى، و يصح تصرف غير المميز بالشىء الحقير، و ان لم يأذن الولى، كما لو اشترى من بائع الحلواء ما يشتريه الأطفال عادة، أو باع عصفورا من رجل، ليطلقه المشترى (التنقيح و التذكرة).

و قال الإمامية و الشافعية: ان معاملة الصبى بكاملها غير شرعية، سواء أ كانت بالوكالة، أو بالأصالة، قبضا، أو إقباضا، فى الحقير أو فى اليسير، نذرا كانت، أو إقرارا، مميزا كان الصبى، أو غير مميز. قال الشيخ الأنصارى فى المكاسب: «العمدة فى سلب عبارة الصبى هو الإجماع المحكى المعتضد بالشهرة العظيمة. و ان العمل على المشهور».

و قد فرع الإمامية على ذلك فروعا، فيها دقة و عمق ذكرها العلامة الحلى فى التذكرة

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۳۲

«منها» إذا كان عليك لرجل دين، و قال لك: سلّم المال الذى لى فى ذمتك إلى ولدى، و كان ولده قاصرا، فسلمت المال المطلوب منك للولد بناء على طلب أبيه، و صادف ان المال فقد من الولد، إذا كان كذلك- لم تبرأ ذمتك من الدين، و لصاحبه أن يطالبك به ثانية على الرغم من انه هو الذى أمرك بالتسليم إلى ولده. كما ان الولد لا يضمن المال الذى إضاعة، و لا يحق لك أن تطالب به ولى الطفل، و لا الطفل بعد أن يكبر.

أما بقاء الدين فى ذمتك فلأن الدين لا يتعين إلا بالقبض الصحيح، و المفروض أن صاحب الدين لم يقبضه هو و لا وكيله الشرعى، و قبض الطفل وجوده كعدمه بعد أن افترضنا انه ليس أهلا للقبض و الإقباض، أما الاذن بالتسليم فهو تماما كمن قال لك: ارم بما أطلبك من دين فى البحر، و فعلت بما قال، فان الدين، و الحال هذه، يبقى فى ذمتك.

و أما عدم ضمان الصبى للمال الذى سلمته له فلأنك أنت الذى أضعته بسوء اختيارك، حيث جعلته فى يد من لا أثر ليده، حتى مع اذن الولى و أمره.

و «منها» ما إذا كان للصبى عندك أموال، و قال لك وليه:

سلمه إياها، فسلمته، و أضاعها الصبى كان عليك الضمان، إذ لا يحق لك ان تفرّط بأموال القاصر، حتى و لو اذن الولى بذلك.

و «منها» إذا عرض عليك الطفل دينارا لتنظر فيه، و انه هل هو صحيح، أو زائف، أو أعطاك متاعا لتقومه، أو تشتريه، أو لغير ذلك فلا يجوز لك بعد أن أصبح فى يدك ان ترده اليه، بل عليك أن ترده إلى الولى.

و «منها» إذا تبايع الصبيان، و تقابضا، و أتلف كل منهما ما قبضه، فإن جرى ذلك باذن الوليين فالضمان عليهما، و ان كان بدون إذنهما فالضمان فى أموال الصبيين.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۳۳

هذا ما قاله الإمامية، أما الذى نراه نحن فهو: إذا علمنا علم اليقين بأن هذا التصرف الذى صدر من الصبى المميز هو فى مصلحته مائة بالمئة وجب على الولى أن يقره عليه، و لا يجوز له ان يبطله، بخاصة إذا كان فى إبطاله ضرر على الطفل.

أما الأدلة العامة الدالة على بطلان تصرف الصبى فإنها منصرفة عن هذه الحال، أو ان هذه الحال مخصصة لتلك العمومات، ذلك أنا على يقين من ان مقاصد الشريعة هى المصلحة، و متى علمنا بوجود المصلحة وجب الأخذ بها، تماما كمفهوم الأولية، و الأقيسة القطعية. و ليس هذا اجتهادا فى قبال النص، بل هو عمل بالنص، إذ العلم بالمقصد الشرعى تماما كالعلم بالنص. إذا لم

يكن هو بالذات.

و لو أخذنا بقول الإمامية و الشافعية لكانت المكافأة كالساعة- مثلا- تهديها المدرسة للطالب المتفوق- فى غير محلها. و إذا قبضها الطالب غير البالغ فلا يملكها، و هذا يتنافى مع الفطرة، و ما عليه العقلاء و الأديان و المذاهب.

عمد الصبى خطأ:

إذا قتل الصبى إنسانا، أو جرحه، أو قطع بعض أعضائه فلا يقتص منه تماما كالمجنون، لأنه ليس أهلا للعقوبة دنيا و لا آخرة، و فى الحديث. «عمد الصبى خطأ». و لا خلاف فى ذلك بين المذاهب، اما الدية فتتحملها العاقلة.

و إذا جاز ضرب الصبى فى بعض الحالات فإنما هو للتأديب، لا للقصاص، و لا للتعزير.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۳۴

السفيه

تعريفه:

يفترق السفيه عن الصبى بالبلوغ، و عن المجنون بالعقل، فالسفه من حيث هو يجتمع مع الإدراك و التمييز، لأن السفيه هو الذى لا يحسن ادارة أمواله، و إنفاقها بالمعروف، سواء أ كانت فيه جميع المؤهلات لحسن الإدارة، و لكنه أهمل و لم يفعل، أم كان فاقدا لها. و بكلمة، انه المهمل المبذر، على ان يتكرر منه الإهمال و التبذير. و من التبذير ان يتصدق بكلّ أو جل ما يملك، أو يبنى مسجدا أو مدرسة أو مصحا لا يقدم عليه من كان فى وضعه المادى و الاجتماعى، بحيث يضر به و بمن يعول، و يراه الناس خارجا عن طريقة العقلاء فى إدارة أموالهم.

التحجير:

اتفقوا- ما عدا أبا حنيفة- على ان السفيه يحجر عليه فى خصوص التصرفات المالية، و ان شأنه فى ذلك شأن الصبى و المجنون إلا إذا اذن له الولى. و له مطلق الحرية فى التصرفات التى لا تتصل بالمال من قريب

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۳۵

أو بعيد. و السفيه لا يفك عنه الحجر، حتى يبلغ، و يعلم منه الرشد، لقوله تعالى وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِياماً وَ ارْزُقُوهُمْ فِيها وَ اكْسُوهُمْ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفاً وَ ابْتَلُوا الْيَتامى حَتّى إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ «۱»- النساء ۵».

و بهذا قال الإمامية و الشافعية و المالكية و الحنابلة، و أبو يوسف و محمد صاحبا أبى حنيفة.

و قال أبو حنيفة: ان الرشد ليس شرطا فى تسليم الأموال لأصحابها، و لا فى صحة تصرفاتهم المالية. فإذا بلغ الإنسان رشيدا، ثم عرض له السفه تصح تصرفاته، و لا يجوز التحجير عليه، حتى و لو كانت سنه دون الخامسة و العشرين. و كذلك من بلغ سفيها، بحيث يتصل السفه بالصغر- لا يحجر عليه بحال بعد بلوغ ال ۲۵ (فتح القدير و ابن عابدين).

و هذه مخالفة صريحة لإجماع الأمة بكاملها، بل لما هو معلوم بضرورة الدين، و نص القرآن الكريم، و هو قوله جل و عز وَ لا

تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكَمُ.

حكم الحاكم:

قال المحققون من الإمامية: أن المعول فى بطلان تصرفات السفيه.

على وجود ظهور السفه، لا على حكم الحاكم بالتحجير، فكل تصرف يصدر عنه حال السفه يكون باطلا، سواء أحجر الحاكم، أم لم يحجر، اتصل السفه بالصغر، أو تجدد بعد البلوغ. فلو كان سفيها، ثم حصل

---

(١) عبرت الآية عن أموال القاصرين بكاف المخاطب أو لا، ثم بهاء الغائب ثانية، إشعارا بأن كل ما يملكه الإنسان له صفتان: الأولى سلطته الخاصة عليه. و الثانية ان يصرفه بما يعود عليه و على مجتمعة بالنفع، أو لا يعود عليهما بالضرر على اسوأ التقادير.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٦٣٦

الرشد ارتفع عنه الحجر، فان عاد السفه عاد، فان زال زال، و هكذا.

(وسيلة النجاة للسيد الأصفهانى).

و هذا القول قريب جدا من قول الشافعية.

و قال الحنفية و الحنابلة: لا يحجر على السفيه إلا بحكم الحاكم، فإذا تصرف قبل الحكم عليه بالتحجير نفذ التصرف، و ان كان فى غير محله، و لا ينفذ بعد الحكم، و ان كان فى محله.

و لا يتم هذا إلا على القول بأن حكم الحاكم يغير الواقع، و هذا القول مختص بالحنفية فقط. اما الشافعية و المالكية و الحنابلة فإنهم يتفقون مع الإمامية على ان حكم الحاكم لا يمس الواقع من قريب أو بعيد، لأنه وسيلة لا غاية، و قد فصلنا القول فى كتابنا «أصول الإثبات».

و قال المالكية: إذا اتصف الشخص بالسفه يكون مستحقا للحجر ذكرا كان أو أنثى، فإذا عرض له السفه بعد زمن قليل كعام، فان الحجر عليه يكون من حقوق أبيه، لأن ذلك الزمن قريب من زمن البلوغ. اما إذا عرض له السفه بعد البلوغ بأكثر من عام فان الحجر عليه لا يكون إلا بحكم الحاكم (الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ باب الحجر).

و ايضا قال المالكية: أن الأنثى و ان بلغت رشيدة فليس لها ان تتصرف فى أموالها إلا بعد ان تتزوج، و يدخل بها الزوج، فإذا تزوجت و دخل تنفذ تبرعاتها بمقدار الثلث، و ما زاد عنه يتوقف على اذن الزوج ما لم تصر عجوزا (الزرقانى).

اما بقية المذاهب فلا تفرق بين الذكر و الأنثى، لعموم قوله تعالى:

فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ص: ٦٣٧

الإقرار و الحلف و النذر:

إذا أذن للسفيه بالتصرف المالى، و تصرف جاز بالاتفاق. اما غير التصرفات المالية، كما لو أقر بالنسب، أو حلف أو نذر فعل شىء أو تركه و لا صلة له بالمال، اما هذا- فينفذ، و ان لم يأذن الولى.

و إذا أقر بالسرقة يقبل فى القطع دون المال، أى فى حق اللّه، لا فى حق الناس.

و قال الحنفية: يؤخذ بإقراره فى الأحوال التى آلت اليه بعد الحجر دون ما كانت له عند الحجر، و كذلك تصح وصيته من الثلث فى الخير و البر.

و قال الإمامية: لا فرق بين الأموال اللاحقة و السابقة، بل قالوا:

لا- يجوز للسفيه ان يؤجر نفسه فى عمل من الأعمال، و ان كانت فى صالحه إلا بإذن الولى. و قالوا: لو أودع انسان عند السفيه وديعة، و هو يعلم بسفهه، و باشر السفيه إتلافها بنفسه عمدا أو خطأ ضمن السفيه.

أما إذا تلفت الوديعة بدون مباشرة السفيه، و لكن للتقصير فى حفظها فلا يضمن، لأن المفرط و المقصر فى هذه الحال هو صاحب الوديعة بالذات. أما الضمان مع مباشرة الإتلاف فلدليل: من أتلف مال غيره فهو له ضامن (وسيلة النجاة).

زواجه و طلاقه:

قال الشافعية و الحنابلة و الإمامية: لا يصح زواج السفيه، و يصح طلاقه و خلعه، و لكن الحنابلة قيدوا الزواج بالحاجة اليه.

و قال الحنفية: يصح زواجه و طلاقه و عتقه، لأن هذه الثلاث تصح

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۳۸

مع الهزل، فبالأولى مع السفه، و لكن إذا تزوج بأكثر من مهر المثل صح بمقدار مهر المثل فقط.

ثبوت الرشد:

اتفقوا على ان الرشد يعرف بالاختبار بداهة، و لقوله تعالى:

وَ ابْتَلُوا. فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً. و لا تنحصر طرق الاختبار بمعين، و لكن الفقهاء ذكروا على سبيل المثال ان يفوض للصبى ادارة أملاكه ان كانت له أملاك، أو يسند اليه شراء أو بيع بعض الحاجات، و ما إلى ذاك، فإن أحسن التدبير كان رشيدا. أما الصبية فيفوض إليها ادارة شؤون البيت، و منها نكتشف رشدها أو عدمه.

و يثبت الرشد بشهادة رجلين عدلين فى الرجال و النساء بالإجماع، لأن شهادة الرجلين هى الأصل. و قال الإمامية يثبت أيضا بشهادة رجل و امرأتين، أو أربع نساء فى النساء فقط، اما فى الرجال فلا يثبت إلا بشهادة الرجال فحسب (التذكرة).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۳۹

ولى الصغير و المجنون و السفيه

الصغير:

تقدم الكلام عن التحجير على الصغير و المجنون و السفيه. و بديهة انه لا بد لكل محجر عليه فى شىء من ولى أو وصى يرعى ذلك الشىء و يدبره نيابة عن الأصيل، فمن هو هذا الولى و الوصى؟ و تنبغى الإشارة قبل كل شىء الى ان الحديث فى هذا الفصل ينحصر فى الولاية على المال فقط، أما الولاية على الزواج فتقدم الكلام عليها فى بابه.

اتفقوا على ان ولى الصغير أبوه، و ان الأم لا- ولاية لها إلا- على قول لبعض الشافعية، و اختلفوا فى غير الأب، قال الحنابلة و المالكية:

تكون الولاية بعد الأب لوصيه: فإن لم يكن للأب وصى فللحاكم الشرعى، أما الجد فلا ولاية له إطلاقا، لأنه لا ينزل منزلة الأب فى شيء- عندهم- و إذا كانت هذه حال الجد لأب فبالأولى الجد لأم.
و قال الحنفية، تكون الولاية بعد الأب لوصيه، ثم للجد لأب، ثم لوصيه، فإن لم يكن فللقاضى.
و قال الشافعية: تنتقل من الأب إلى الجد، و منه الى وصى الأب، و منه الى وصى الجد، ثم إلى القاضى.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ۶۴۰
و قال الإمامية: تكون الولاية أولا للأب و الجد له فى مرتبة واحدة، بحيث يكون لكل منهما أن يتصرف مستقلا عن الآخر، و أيهما سبق أخذ بقوله، مع مراعاة ما يجب، و إذا تشاحا يقدم تصرف الحد، و إذا تصرف كل منهما تصرفا يتنافى مع تصرف الآخر أخذ بالمتقدم، و ألغى المتأخر، و مع التقارن يقدم الجد، و إذا فقدا معا كانت الولاية لوصى أحدهما، و الجد أولى من وصى الأب، فإن لم يكن جد و لا أب و لا وصى لأحدهما فللحاكم الشرعى.

المجنون:

المجنون تماما كالصغير، و أقوال المذاهب فيهما واحدة، سواء بلغ الصبى مجنونا، أم بلغ رشيدا، ثم جن، إلا ما كان من جماعة من الإمامية، فإنهم فرقوا بين الجنون المتصل بالصغر، و بين الجنون المتجدد بعد البلوغ و الرشد، و قالوا: ان الولاية للأب و الجد على المجنون الأول، أما الثانى فللحاكم مع وجودهما. و يتفق هذا القول مع القياس عند الحنفية، لأن ولايتهما قد سقطت، و الساقط لا يعود، و لكن الحنفية هنا خالفوا القياس، و أخذوا بالاستحسان.
و قال صاحب الجواهر الفقيه الإمامى: الأحوط توافق الجد و الأب مع الحاكم، أى أن التصرف بمال المجنون الذى انفصل جنونه عن صغره يكون برأى الجميع. و قال السد الأصفهانى فى الوسيلة: لا يترك الاحتياط بتوافق الجميع.
و أقول: ان الاحتياط حسن لا ريب فيه، و لكنه هنا مندوب لا واجب، لأن الأدلة التى أثبتت الولاية للأب و الجد لم تفرق بين الحالين، و عليه يقدم الأب و الجد على الحاكم إطلاقا، لأن الحكم يدور مدار موضوعه وجودا و عدما، و عموم أدلة ولاية الجد و الأب حاكم على عموم أدلة الولاية للحاكم.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢، ص: ۶۴۱
هذا، إلى أن شفقة الأب و الجد لا توازيها شفقة الحاكم، و غير الحاكم، و أى عاقل يستسيغ أن يعين الحاكم قيما أو وصيا أجنبيا على القاصر مع وجود أبيه أو جده الجامع لكل الشروط و المؤهلات.

السفيه:

اتفق الإمامية و الحنابلة و الحنفية على أن الصبى إذا بلغ رشيدا، ثم تجدد السفه بعد الرشد تكون الولاية للحاكم دون الأب و الجد، و بالأولى دون وصيهما.
و يأتى هنا ما قلناه فى المجنون من أن العاقل لا يستسيغ ان يقيم الحاكم قيما أو وصيا أجنبيا مع وجود الأب و الجد، فالأولى أن يختار الحاكم الأب أو الجد قيما على ولده. من باب الاحتياط. أما إذا اتصل السفه بالصغر كأن بلغ سفيها فكلام كل مذهب من هذه المذاهب الثلاثة هو الكلام فى الصغير (المغنى و الفقه على المذاهب الأربعة و أبو زهرة و الجواهر «۱»).
أما الشافعية فلم يفرقوا بين الولاية على الصغير و المجنون و السفيه، و لا بين تجدد السفه بعد البلوغ، و بين اتصاله:

شروط الولی:

اتفقوا علی أن الولی و الوصی یشترط فیه البلوغ و الرشد و الاتحاد فی الدین، بل اشترط کثیر منهم العدالة، حتی فی الأب و الجد.

(۱) قال صاحب الجواهر فی باب الحجر: أجمع الإمامیة علی انه إذا تجدد السفه بعد البلوغ فالولایة للحاکم، و إذا اتصل بالصغر فقد نقل الإجماع علی انه للأب و الجد، و لکن الإنصاف تحقق الخلاف فی هذه الحال، إلا ان جماعة من المحققین صرحوا بثبوت الولایة لهما.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۴۲

و لیس من شک ان هذا سد لباب الولایة بالإسمنت المسلح، لا بالحجر و الطین فقط، هذا، إلی أن العدالة وسیلة للحفظ و الغبطة، و لیست غایة فی نفسها. و ان دل شرط العدالة علی شیء فإنما یدل علی انها کانت غیر نادرة فی المجتمع الذی عاش فیه من اعتبرها و اشترطها.

و اتفقوا علی أن تصرفات الولی التی تکون خیرا و نفعا للمولی علیه تنفذ، و ان الضارة منها لا تنفذ، و اختلفوا فیما لا نفع فیها و لا ضرر من التصرفات. قال فریق من الإمامیة: تنفذ إذا کانت من الأب و الجد فقط، لأن الشرط فی تصرفهما عدم المفسدة، لا وجود المصلحة، أما الحاکم و الوصی فمقید بالمصلحة، بل قال بعضهم: ینفذ تصرف الأب مع المفسدة و المضرة علی الطفل «۱».

و قال غیر الإمامیة: لا فرق بین الأب و الجد و الحاکم و الوصی من ان تصرف الجمیع لا ینفذ إلا فیما فیه الغبطة و المصلحة، و علی هذا کثیر من الإمامیة.

و علیه یجوز للولی أن یتجر بمال الصبی و المجنون و السفیه، أو یعطیه لمن یتجر به، و ان یشتری له عقارا، أو یبیع من ماله، أو یقرضه، کل ذلک. و ما إلیه بشرط المصلحة و النصیحة، و تنحصر المصلحة فی القرض بالخوف علی المال من الضیاع.

و من المفید ان ننقل طرفا من الفروع التی ذکرها الفقیه الإمامی الکبیر العلامة الحلی فی التذکرة باب الحجر.

(۱) قال النائینی فی تقریرات الخونساری ج ۱ ص ۳۲۴ طبعة ۱۳۵۷ ه: «الحق ثبوت الولایة للأب، و لو مع المفسدة و المضرة للطفل» و لکن المقرر الخونساری نقل عن أستاذه النائینی العدول عن هذا الرأی بعد أن جزم به.

الفقه علی المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۴۳

العفو و الصلح:

قال بعض علمائنا: لیس لولی الصبی القصاص المستحق، لأن الطفل ربما یرغب فی العفو. و لیس للولی أیضا ان یعفو، لأنه قد یرغب فی الاستیفاء تشفیا. ثم اختار العلامة بأن للولی الاستیفاء، و العفو و الصلح ببعض مال الطفل مع المصلحة.

الطلاق و الشفعة:

ليس للولى أن يطلق زوجة الصبى لا مجانا، و لا بالعوض.
و لو كان للصبى شريك فى عين، و باع شريكه لأجنبى كان للولى الأخذ بالشفعة أو الترك بحسب المصلحة، و هو أصح وجهى الشافعية.

إخراج الحقوق:

يجب على الولى ان يخرج من مال المولى عليه الحقوق الواجبة، كالديون، و عوض الجنايات، و الزكاة، و ان لم تطلب من الولى. اما نفقة الأقارب الواجبة على الطفل فلا يدفعها الولى للمستحق الا مع المطالبة.

الإنفاق على المولى عليه:

يجب على الولى الإنفاق على من يلى أمره بالمعروف، و لا يجوز له التقتير عليه، و لا الإسراف فى النفقة، بل يكون معتدلا جاريا معه على عادة أمثاله.
و الولى أو الوصى أمين لا يضمن إلا بثبوت التعدى أو التفريط، فإذا
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۴۴
بلغ الصبى، و ادعى على الولى التعدى أو التفريط فعليه البينة، و على الولى اليمين، لأنه أمين، و ما على الأمين إلا اليمين.

بيع الولى من نفسه:

قال الشافعية و بعض الإمامية: ليس للولى و لا للوصى أن يبيع مال الطفل و المجنون من نفسه، و لا أن يبيع ماله من الطفل. ثم اختار العلامة الجواز، و عدم الفرق بينه و بين الأجنبى، مع المصلحة و انتفاء التهمة، كما انه يجوز للامين الذى نصبه الحاكم أن يبيع على الحاكم مال اليتيم فى موضع جواز البيع، و كذا للوصى، و ان كان الحاكم هو الذى جعله أمينا وصيا. أما أن يبيع الحاكم ماله من اليتيم فقد منعه أبو حنيفة، لأن ذلك قضاء من القاضى لنفسه، و قضاؤه لنفسه باطل، و قال العلامة: لا بأس به، أى بقول أبى حنيفة.
و يلاحظ بأن به أكثر من بأس، لأن هذا ليس بقضاء، و لا يمت اليه بسبب قريب أو بعيد. و إذا جاز للقاضى أن يشترى من مال اليتيم مع المصلحة جاز ان يبيعه أيضا مع المصلحة، و الفرق تحكم.

وكيل الولى و الوصى:

للولى و الوصى أن يستنيبا غيرهما فى مباشرة ما لا يقدران على مباشرته، و فيما يقدران عليه أيضا، و لكن لا يصلحان للمباشرة تبعا للعادة، أما إذا صلحا فالأولى المنع.
و يلاحظ بأن كلا من الأصالة و الوكالة هنا وسيلة لتحقق المصلحة و أداء ما يجب، فمتى حصلت هذه الغاية نفذ التصرف، سواء أ كان من الولى أو الوكيل، و إلا فلا ينفذ التصرف، حتى و لو كان من الولى نفسه.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۴۵

المفلس

تعريفه:

لغة من لا مال و لا عمل له يسد حاجته، و فى اصطلاح الفقهاء من حجر عليه الحاكم لديون تستغرق جميع أمواله و تزيد عنها، بحيث إذا وزعت على أرباب الدين لا تكفى للوفاء.

و اتفقوا على ان المفلس لا ـ يمنع من التصرف فى أمواله بالغة ديونه ما بلغت الا بعد ان يحجر الحاكم عليه، فلو تصرف بجميع أمواله قبل التحجير نفذت تصرفاته، و ليس للغرماء، و لا لأى كان منعه من ذلك، على شريطة ان لا يكون التصرف بدافع الفرار من وفاء الديون، و لغاية تضييع الحقوق على أهلها، بخاصة إذا لم يرج تجديد مال له بحسب المعتاد و ظاهر الحال. و لا يحجر الحاكم إلا بشروط:

١- أن يكون مديونا، و يثبت الدين شرعا.

٢- ان لا ـ تزيد أمواله على ديونه بالاتفاق، و أيضا اتفقوا على جواز الحجر إذا قصرت الأموال عن الديون، و زادت هذه على تلك، و اختلفوا فيما لو تساوت الديون و الأموال، قال الإمامية و الحنابلة و الشافعية:

لا يحجر عليه. (الجواهر و التنقيح و الفقه على المذاهب الأربعة).

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۴۶

و قال الصاحبان محمد و أبو يوسف: بل يحجر عليه. و على قولهما فتوى الحنفية. أما أبو حنيفة فقد نفى فكرة الحجر على المفلس من الأساس، حتى و لو زادت ديونه على أملاكه، لأن فى التحجير عليه هدرا لأهليته و آدميته. و لكن أبو حنيفة قال: إذا طلب الغرماء حبس المدين، حبس حتى يبيع هو أمواله، و يقضى منها دينه.

و لهذا الحبس وجه إذا كان للمديون مال ظاهر، كما سنشير، و لكن أبو حنيفة أجاز حبسه، و ان لم يظهر له مال، فلقد نقل عنه فى فتح القدير ج ٧ ص ٢٢٩ باب الحجر بسبب الدين ما نصه بالحرف: «فان لم يعرف للمفلس مال، و طلب غرماؤه حبسه، و هو يقول: لا مال لى حبسه الحاكم فى دين التزمه بعقد، كالمهر و الكفالة».

و هذا مخالف لنص الآية الكريمة وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ و لما أجمعت عليه الأمة بكامل مذاهبها: الشافعية و الإمامية و الحنابلة و المالكية و محمد و أبو يوسف. (فتح القدير، و ابن عابدين، و الفقه على المذاهب الأربعة و السنهورى فى مصادر الحق ج ٥).

٣- أن يكون الدين حالا، لا مؤجلا عند الإمامية و الشافعية و المالكية و الحنابلة، أما إذا كان بعضه حالا، و بعضه مؤجلا. نظر، فان وفت الأموال بالديون الحالة فلا حجر، و ان قصرت يحجر، و إذا حجر بالديون المعجلة تبقى المؤجلة إلى حينها. (التذكرة و الفقه على المذاهب الأربعة).

٤- أن يكون التحجير بطلب الدائنين كلهم أو بعضهم.

و متى توافرت هذه الشروط حجر عليه الحاكم، و منعه من التصرف فى ماله بيعا و اجارا و رهنا و اعارة، و ما إلى ذاك مما يضر بالغرماء.

و يبيع الحاكم أموال المدين، و يوزعها بين أرباب الدين، فان وفت بها جميعا فذاك، و إلا كانت القسمة بالمحاصة، لكل بنسبة ما له من حق.

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۴۷

و متى تم التقسيم و التوزيع زال الحجر تلقائيا، لأن الغرض منه حفظ المال للغرماء، و قد حصل.

المستثنيات:

قال العلامة الحلي في التذكرة باب التفليس: لا- يباع من مال المفلس دار سكناه، و لا- خادمه، و لا فرس ركوبه، و بهذا قال الإمامية و أبو حنيفة و ابن حنبل.

و قال الشافعي و مالك: يباع جميع ذلك.

و أيضا يترك له و لمن يعول النفقة في يوم القسمة فقط، و إذا مات قبل القسمة يكفن و يجهز من ماله، لأن التجهيز مقدم على الدين.

و الحق ان كل ما تدعو إليه الضرورة العاجلة يترك له، كالثياب، و قوت يوم أو أكثر بحسب الملابسات، و الكتب التي لا يستغنى عنها أمثاله، و أدوات الصناعة التي يكتسب منها قوته، و أثاث البيت الضروري كالفرشة و اللحاف و المخدة و القدر و الصحن و الإبريق، كل ذلك، و ما اليه مما لا غنى لأحد عنه في حالته الراهنة.

العين الموجودة و صاحبها.

إذا وجد العين صاحبها و كان قد اشتراها منه المفلس نسيئة فهو بها أولى دون الغرماء جميعا حتى و لو لم يكن هناك غيرها، عند الإمامية و المالكية و الشافعية و الحنابلة.

و قال الحنفية: ليس له ذلك، و له أسوة بغيره من الغرماء. (التذكرة و فتح القدير).

المال المتجدد:

إذا تجدد للمفلس مال بعد الحجر، فهل يشمله الحجر تماما كالمال

الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۴۸

الموجود حال الحجر، أو لا يشمله، و يكون للمفلس مطلق الحرية في التصرف فيه؟

قال الحنابلة: لا فرق بين المال المتجدد بعد الحجر، و بين الموجود في حينه.

و للشافعية قولان. و مثلهم الإمامية. و قال العلامة الحلي: الأقرب ان الحجر يتعدى إليه أيضا، لأن الغرض من الحجر إيصال الحق إلى أهله، و لا يختص هذا بالموجود عند الحجر.

و قال الحنفية: لا يشمله الحجر، و ينفذ فيه إقرار المفلس و تصرفه.

(فتح القدير و التذكرة و الفقه على المذاهب الأربعة).

و إذا وقعت جناية على المفلس، فإن كانت خطأ توجب المال فليس للمفلس العفو عنها، حيث تعلق بها حق الغرماء، و ان كانت عمدا توجب القصاص كان بالخيار بين ان يقتص، و بين أن يأخذ المال بدلا عن الجناية، و ليس للغرماء إجباره على أخذ المال و ترك القصاص.

(الجواهر).

إقرار المفلس:

لو أقر المفلس بدين لشخص بعد التحجير، فهل يقبل منه، و يشارك المقر له الغرماء فی تقسيم المال؟
قال الشافعية و الحنفية و الحنابلة: لا ينفذ إقراره فی ماله الموجود عند الحجر.
و اختلف فقهاء الإمامية فيما بينهم، فذهب صاحب الجواهر و كثير غيره من المحققين إلى ما ذهبت إليه الحنابلة و الشافعية و الحنفية.

الزواج:

قال الحنفية: إذا تزوج المفلس بعد الحجر صح، و للزوجة أن تشترك مع الدائنين بمقدار مهر المثل، و ما زاد يكون دينا فی ذمته.
و قال الشافعية و الإمامية: يصح الزواج، و لكن المهر بكامله يثبت فی الذمة، و لا تشارك الزوجة الغرماء فی شیء.
الفقه على المذاهب الخمسة، ج۲، ص: ۶۴۹

الحبس:

قال الإمامية: لا يجوز حبس المعسر مع ظهور إعساره، لقوله تعالى:
وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ. و إذا وجد له مال ظاهر أمره الحاكم بالتسليم، فان امتنع تخير الحاكم بين أن يبيع أموال المديون، و يوفی منها الدين، لأن الحاكم ولی الممتنع، و بين أن يحبسه، حتى يوفی المديون ديونه بنفسه، لحديث: «لی الواجد تحل عقوبته و عرضه» أی إهانته، كأن يقول الدائن للمدين: يا ظالم، يا مماطل، و ما إلى هذا.
و قال أبو حنيفة: ليس للحاكم أن يبيع أملاكه قهرا عنه، و له ان يحبسه.
و قال الشافعی و ابن حنبل: بل للحاكم ان يبيع، و يوفی الديون.
(التذكرة و الجواهر).

المنع من السفر:

ليس من شك انه إذا جازت عقوبته بالحبس جازت أيضا بمنعه عن السفر، و لكن بالشروط نفسها، و هی ان يثبت عليه الدين شرعا، و ان يكون قادرا على الوفاء، و مع ذلك لوی و ماطل. و يزيد على هذا ان يخشى- بحسب المعتاد- ضياع الحق إذا سافر، كما لو كان السفر بعيدا أو خطرا. فإذا لم يثبت الدين، أو ثبت و كان المدين معسرا يعجز عن الوفاء، أو كان له وكيل أو كفيل، أو لا يخشى ضياع الحق من السفر، إذا كان الأمر كذلك- فلا يجوز منعه بحال.
و من هنا يتبين ان القرارات التی تتخذها المحاكم الشرعية بلبنان لمنع سفر المدعى عليه بمجرد تقديم الدعوى لا تستند إلى مبرر من الشريعة الإسلامية، بل إلى مادة قانونية وضعية.
و الحمد للّه على العافية و الإعفاء من هذه الأسواء. و هو سبحانه المسؤول ان يغنينا بحلاله عن حرامه، و بطاعته عن معصيته، و بفضله عمن سواه.

و صلى اللّه على محمد و آله الاطهار و الأخيار.

مغنيه، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، ۲ جلد، دار التيار الجديد - دار الجواد، بيروت - لبنان، دهم، ۱۴۲۱ ه ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فى سَبيلِ اللّهِ ذلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ عليّ بْنُ موسَى الرِّضا – عليهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْيَا أمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ يُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنـادِرُ البِحار – فى تلخيص بحار الأنوار، للعلّامة فيض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُيونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّيخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائميّة" الثَّقافيّ بأصبَهانَ – إيرانَ: الشهيد آية الله "الشمس آباذي" – رَحِمَهُ اللهُ – كان أحداً من جَهابِذة هذه المدينة، الذي قدِ اشتهَرَ بشَغَفِهِ بأهل بَيت النبيّ (صلواتُ اللهِ عليهِم) و لاسيَّما بحضرة الإمام عليّ بن موسَى الرِّضا (عليه السّلام) و بِساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالى فرجَهُ الشَّريفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درايته، في سَنةِ ۱۳۴۰ الهجريّة الشمسيّة (=۱۳۸۰ الهجريّة القمريّة)، مؤسَّسةً و طريقةً لم ينطفِئ مِصباحُها، بل تتّبَع بأقوَى و أحسَنِ مَوقِفٍ كلَّ يوم.

مركز "القائميّة" للتحرِّي الحاسوبيّ – بأصبَهانَ، إيرانَ – قد ابتدَأ أنشِطتَهُ من سَنةِ ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجريّة القمريّة) تحتَ عناية سماحة آية الله الحاجّ السيّد حسن الإماميّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ مِن خِرّيجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالاتٍ شتَّى: دينيّة، ثقافيّة و علميّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثَّقَلَين (كتاب الله و اهل البيت عليهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزيز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلى التَّحَرِّي الأدَقّ للمسائل الدّينيّة، تخليف المطالب النّافعة – مكانَ البَلاتيثِ المبتذلة أو الرّديئة – في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوتريّة)، تمهيد أرضيّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثقافيّةٍ على أساس معارف القرآن و أهل البيت –عليهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطّلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِج العلوم الإسلاميّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة في الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعيّة: التي يُمكِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، على أنّه يُمكِن تسريعُ إبراز المَرافِق و التسهيلاتِ – في آكناف البلد - و نشرِ الثَّقافةِ الاسلاميّة و الإيرانيّة – في أنحاء العالَم - مِن جِهةٍ اُخرَى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبة، نشرة شهريّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقيقيّة و مكتبية، قابلة للتشغيل في الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثيّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتي "القائميّة" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخرَ

ه) إنتاج المُنتجات العرضيّة، الخطابات و... للعرض في القنوات القمريّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسيم النظام التلقائيّ و اليدويّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراکزَ طبیعیّهٔ و اعتباریّهٔ، منها بیوت الآیات العِظام، الحوزات العلمیّهٔ، الجوامع، الأماکن الدینیّهٔ کمسجد جَمکرانَ و...

ط) إقامهٔ المؤتمَرات، و تنفیذ مشروع "ما قبلَ المدرسهٔ" الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِکین فی الجلسهٔ

ی) إقامهٔ دورات تعلیمیّهٔ عمومیّهٔ و دورات تربیهٔ المربّی (حضوراً و افتراضاً) طیلهٔ السَّنَهٔ

المکتب الرّئیسیّ: إیران/أصبهان/ شارع "مسجد سیّد"/ ما بینَ شارع "پنج رَمَضان" ومُفترَق "وفائی"/بنایهٔ "القائمیّهٔ"

تاریخ التأسیس: ۱۳۸۵ الهجریّهٔ الشمسیّهٔ (=۱۴۲۷ الهجریهٔ القمریّهٔ)

رقم التسجیل: ۲۳۷۳

الهویّهٔ الوطنیّهٔ: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البرید الالکترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاکس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مکتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التِجاریّهٔ و المَبیعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمین ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظهٔ هامّهٔ:

المیزانیّهٔ الحالیّهٔ لهذا المرکز، شَعبیّهٔ، تبرّعیّهٔ، غیر حکومیّهٔ، و غیر ربحیّهٔ، اقتُنِیَت باهتمام جمع من الخیّرین؛ لکنَّها لا تُوافِی الحجمَ المتزاید و المتّسِعَ للامور الدّینیّهٔ و العلمیّهٔ الحالیّهٔ و مشاریع التوسعهٔ الثقافیّهٔ؛ لهذا فقد ترجَّی هذا المرکزُ صاحِبَ هذا البیتِ (المُسمَّی بالقائمیّهٔ) و مع ذلک، یرجو مِن جانب سماحهٔ بقیّهٔ الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّریفَ) أن یُوفِّقَ الکلَّ توفیقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التمکن لکلّ احدٍ منهم – إیّانا فی هذا الأمر العظیم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفیق.